كتاب الرهن ٣	باب ما يجوز ارتهانه وارتهان به وما لا يجوز ١٥	فصل ومن رهن عبدين بالف ٢٩	باب الرهن يوضع على عدل ٣١	باب تصرف في الرهن والجناية عليه وجنايته على غيره ٣٤	فصل ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة ٥١
كتاب الجنايات ٥٤	باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب ٦٧	فصل ومن شهر على المسلمين سيفا ٨٢	باب القصاص فيما دون النفس ٨٣	فصل واذا اصطلح القاتل اواولياء المقتول على مال ٩٠	فصل ومن قطع يد رجل خطاء ٩٦
باب الشهادة في القتل ١٠٣	باب في اعتبار حالة القتل ١٠٨	كتاب الديات ١١٠	فصل فيما دون النفس ١١٧	فصل في الشجاج ١٢٥	فصل وفي اصابع اليد نصف الدية ١٢٩
فصل في الجنين ١٤٣	باب ما يحدثه الرجل في الطريق ١٥٠	فصل في الحائط المائل ١٦٠	باب جناية البهيمة والجناية عليها ١٦٦	باب جناية المملوك والجناية عليه ١٧٧	فصل ومن قتل عبدا خطاء ١٤٥
فصل في جناية المدبر وام الولد ٢٠٤	باب غصب العبد والمدبر والصبي والجناية في ذلك ٢٠٨	باب القسامة ٢١٤ كتاب المعاقل ٢٢١	كتاب الوصايا ٢٥٣	باب في صفة الوصية ما يجوز من ذلك وما يستحب منه وما يكون رجوعا عنه ٢٥٥	
باب الوصية بثلث ماله ٢٧٠	فصل في اعتبار حالة الوصية ٢٩٣	باب العتق في مرض الموت ٢٩٥	فصل ومن اوصى بوصايا حقوق الله ٣٠٢	باب الوصية للاقارب وغيرهم ٣٠٦	باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة ٣٢١
باب وصية الذمي ٣٢٤	باب الوصي وما يملكه ٣٣٢	فصل في الشهادة ٣٤٨	كتاب الخنثى ٣٥٢	فصل في بيانه واحكامه ٣٥٣	مسائل شتى ٣٦٢

R... P.
Ka. N.
540

RAĞIP P
Ka. N.
540

الثاني فلا بأس به لانه محبوس بحق المسلمين فتكون نفقته في مالهم وهو مال بيت المال وهذا لان
الحبس من اسباب النفقة كما في النكاح والعدة والوصي والمسافر اذا سافر بمال المضاربة اوخرج
به الاترى ان ابا بكر رضي الله عنه كان رجلا تاجرا كل يوم كان يغدو الى السوق فيبيع ويبتاع وكان
في اول خلافته الى ستة اشهر كذلك ثم نظر في امره فقال والله ما يصلح امر الناس التجارة وما
يصلحهم الا التفرغ لهم والنظر في شانهم فترك التجارة واستنفق من مال المسلمين ما يصلحه ويصلح
عياله يوما بيوم ويحج ويعتمر وكان الذي فرضوا له كل سنة ستة الاف درهم فلما حضرته الوفاة
قال ردوا ما عندنا من مال المسلمين كذا في كتاب الطبقات الكبير وكان عمر رضي الله عنه ياخذه
كفايته وقد بعث رسول الله صلى الله عليه وسلم عليا الى اليمن وفرض له وبعث عتاب بن اسيد الى
مكة ورزقه كل سنة اربعين اوقية وروي عن عمر رضي الله عنه رزق شريحا كل شهر مائة درهم
وروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه رزق شريحا كل شهر خمسمائة درهم كذا ذكر الفقيه ابو
الليث في شرح الجامع الصغير وغيره ايضا قالوا وهذا اذا كان مال بيت المال حلالا جمع بحق فاما
اذا كان حراما جمع بباطل لم يحل اخذه لان سبيل الحرام والغصب رده على اهله وليس ذلك
بمال عامة المسلمين قال فخر الاسلام واتفقوا ان القاضي اذا كان محتاجا فان الافضل بل الواجب
عليه ان ياخذ رزقه وكفايته لانه لا يتوصل الى اقامة ما عليه الا بذلك فلما كان القضاء فرضا
عليه افترض ما لا يتوصل اليه الا به فاما اذا كان غنيا عنه فان المشايخ اختلفوا فقال بعضهم
اخذه حلال لان القضاء لا يقوم للنفقة الدارة مع التفرغ عن الكسب وتركه افضل رفقا ببيت
مال المسلمين وتنزها عن الحلال وقال بعضهم بل اخذه افضل صيانة للحكم عن الهوان ونظرا
لمن ياتي بعده من المحتاجين لان الرزق اذا انقطع تحذرت اعادته اذا نزل منزله من يحتاج
اليه وانما سماه رزقا ليعلم انه مقدر بالكفاية في كل زمان قال الصدر الشهيد وانما يعطي
في ديارنا رزق السنة في اول السنة لان الخراج يوخذ في اول السنة ثم قال وهذا كان في
قبل اما في زماننا يوخذ الخراج في آخر السنة ولهذا قلنا ان ما يوخذ من الخراج خراج سنة ماضية
ثم قال وعليه الفتوى فلو اخذ الرزق في اول السنة ثم عزل قبل مضي السنة هل يجب عليه رد
رزق ما بقي من السنة قال بعضهم يجب وقال بعضهم على قول محمد يجب وعلى قول ابي يوسف لا يجب
وجعلوا هذه المسئلة قياسا على نفقة الزوجة اذا استعجلت نفقة السنة فمات الزوج في بعض السنة
ردت نفقة ما بقي عند محمد خلافا لابي يوسف واليه اشار الخصاف في نفقاته والصحيح هو القول
الاول كذا ذكر الصدر الشهيد وفخر الدين قاضيخان فان قيل من اي مال كان فرض النبي
صلى الله عليه وسلم ولم يكن يومئذ الدواوين ولا بيت المال وانما كانت الدواوين في زمن عمر
رضي الله عنه قيل كان ذلك في الفيء وقيل مما اخذ من نصارى بني نجران ومن الجزية التي اخذها
من مجوس هجر قال ابو يوسف باسناده في كتاب الخراج الى ابن عباس قال ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

اخذ الجزية من مجوس اهل هجر قوله قال ولا باس ان تسافر الامة وام الولد بغير محرم اي قال في الجامع الصغير والاصل ذلك ان الاجانب في حق الاما كالمحارم في حق الحراير في حق النظر والمس لحاجة الشغولها مع الاجانب كما جاز للحراير مع المحارم وام الولد مملوكة ولهذا جاز استخدامها لقيام الرق فيها الا انه لا يجوز بيعها لاستحقاقها الحرية والله اعلم قوله على ما ذكرنا من قبل اشارة الى ما ذكر قبل فصل الاستبراء بقوله واما الخلوة بها والمسافرة فقد قيل يباح كما في المحارم ٥

كتاب احيا الموات

مناسبة هذا الكتاب بكتاب الكراهية من حيث ان في مسايل هذا الكتاب ما يكره وما لا يكره قوله قال الموات ما لا ينتفع به من الاراضي لانقطاع الماء عنه او لغلبة الماء عليه او ما اشبه ذلك مما يمنع الزراعة اي قال القدوري في مختصره واراد بقوله ما اشبه ذلك ان يصير الارض سبخة او يغلب عليها الرمال فصارت زراعتها متعذرة وانما سمي ما لا ينتفع به من الارض مواتا لبطلان الانتفاع بها تشبيها بالحيوان اذا مات يبطل الانتفاع به والمراد باحيا الموات التسبيب للحياة النامية لقوله تعالى فاحيينا به الارض بعد موتها قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي الاصل في هذا ان من ملك شيئا من مسلم او ذمي باي سبب ما ملك فانه لا يزول ملكه عنه بالترك كما اذا ملك دارا او ارضا ثم خربها فمضت عليها السنون والقرون فهو على ملك مالكه الاول ولا تكون تلك الارض ارض موات وارض الموات هي التي لم تكن ملكا لاحد ولم تكن من مرافق البلدة وكانت خارج البلدة قريبة من البلد او بعدت حتى ان ما كان خارج البلدة قريبا منها لو حوزمارة او اكمة عظيمة لم تكن ملكا لاحد كانت تلك الارض ارض موات في ظاهر الرواية وقال الطحاوي وما قرب من العامر فليس بموات وهو غير ظاهر الرواية وروي عن ابي يوسف قال ارض الموات هي البقعة التي لو وقف الرجل على ادناه من العامر فنادى باعلا صوته لم يسمعه اقرب من في العامر اليه الى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال في خلاصة الفتاوي واراضي البخاري ليست بموات لانها دخلت في القسمة وتصرف الى اقصى مالك او الى تابع في الاسلام او الى ورثتهم فان لم يعلم فالتصرف الى القاضي قوله فما كان منها عاديا لا مالك له او كان مملوكا في الاسلام ولم يعرف له مالك بعينه وهو بعيد من القرية بحيث اذا وقف انسان من اقصى العامر فصاح لا يسمع صوته فيه فهو موات اي قال القدوري في مختصره هذا الذي شرطه القدوري هو اختيار الطحاوي وهو غير ظاهر الرواية فعلى ظاهر الرواية لا يشترط البعد من القرية وقد مر قبل هذا والمراد من العادي ما كان خرابه قديما ولا يعرف له مالك لا ان يكون منسوبا الى عاد لان جميع اراضي الموات لم تكن لعاد وانما كني بذلك عن القديم عن خرابها لان عادا كان في قديم الايام وجملة القول هنا ما ذكر شيخ الاسلام المعروف بخواهر زاده في شرح كتاب الشرب قال محمد كل ارض لا يملكها احد وقد انقطع عنها ارتفاق اهل المصر والقرية بها كان مواتا وان كانت قريبا من العمرانات قال وانما شرط هذه الاشيا كلها لتكون الارض ميتة

لان النبي صلى الله عليه وسلم ذكر الميتة على الاطلاق ومطلق الاسم ابدا ينصرف الى الكامل والكامل من المعنى ان لا يكون الارض مملوكة لاحد واراد بقوله ان لا يكون مملوكا اي لمسلم او ذمي وصار فان ما كان مملوكا كالمسلم او ذمي وصار خرابا وانقطع عنها الما وارتفاق الناس بها من حيث المرعى والاحتطاب فانه لا يكون ارض ميتة حتى لا يملك باذن الامام عندهم جميعا لان ما كان مملوكا لمسلم او ذمي لا يزول الملك عنها بالخراب وبانقطاع الماء والمرافق بل يصير لوارثه ان عرف وان لم يعرف يرثه جماعة المسلمين فيكون مملوكا والميتة لا يكون مملوكا لاحد ولهذا اقتضى اطلاق اسم الميتة ان لا يكون مملوكا لمسلم ولا لذمي واذا لم تكن الارض مملوكا لمسلم ولا لذمي وانقطع عنها مرافق الناس مملوكة لاحد الا انه لم ينقطع عنها مرافق الناس بان كان ينتفع بها اهل مصر او قرية لا تكون ميتة لان الميتة اسم لما لم ينتفع به فشرط هذه الشرايط الثلاث لتكون الارض ميتة لهذا وروي عن ابي يوسف انه زاد على هذا شرطا رابعا وهو ان تكون الارض بعيدا من العمرانات ولا يكون قريبا منها لانه متى كان قريبا من العمرانات لا ينقطع عنها الارتفاق اهل العمرانات بواحد واذا كان بعيدا يكون ميتة والقريب على مذهبه من العمرانات لا تكون ميتة والحد الفاصل بين القريب والبعيد على مذهبه ان تقوم رجل جهوري الصوت من اقصى العمرانات على مكان عال فينادي باعلى صوته فالموضع الذي يسمع صوته منه يكون قريبا منه وان كان لا يسمع صوته يكون بعيدا من العمرانات هكذا روي عن ابي يوسف كذا ذكر خواهر زاده في شرحه قوله فيدار الحكم عليه اي على القرب الذي هو دليل الارتفاق والحاصل ان عند ابي يوسف يدار الحكم على القرب والبعد وعند محمد على حقيقة الارتفاق وعدمه قوله وشمس الائمة اعتمد على ما اختاره ابو يوسف يعني اخذ بقوله وهو ان ما قرب من العامر لا يكون مواتا وعليه اعتمد القدوري ايضا قوله ثم من احياه باذن الامام ملكه وان احياه بغير اذنه لم يملكه عند ابي حنيفة وقالا يملكه وهذه من مسايل مختصر القدوري والشافعي اخذ بقولهما كذا في شرح الاقطع لهما ما روي صاحب السنن باسناده الى هشام بن عروة عن ابيه عن سعيد بن زيد عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من احيا ارضا ميتة فهي له وليس لعرق ظالم حق وروي الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى كثير بن عبد الله عن ابيه عن جده قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من احيا ارضا ميتة فهي له وروي ايضا باسناده الى سمرة قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من احاط على شيء فهو له ولانه عين مباحة ومال مباح فلا يتوقف تمليكه الى اذن الامام كالحشيش والصيد ولابي حنيفة رضي الله عنه ما روى ابو يوسف في تصنيفه المسمى بكتاب الخراج عن ليث عن طاوس قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم عادي الارض لله ولرسوله ثم لكم من بعد فمن احيا ارضا ميتة فهي له وليس لمحتجر حق بعد ثلاث سنين الى هنا لفظ كتاب الخراج والمراد من العادي الذي تقدم خرابه ولا يعرف له مالك ووجه الاستدلال به انه اضافه الى الله والى الرسول وكل ما اضيف الى الله

ورسوله لا يجوز ان يختص احد بشي منه الا باذن الامام كالخمس في باب الغنيمة لما اضيف الي الله
ورسوله لم يختص احد بشي الا باذن الامام فعلم ان المراد من قوله من احيا ارضا ميتة فهي له هو
ما اذا كان باذن الامام يدل عليه ما روي معاذ عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ليس
للمرء الا ما طابت نفس امامه به ولنا ما يتعلق به حق جماعة المسلمين لا يختص به واحد دون احد
الا باذن الامام اصله مال بيت المال وقيا سهما على الحشيش والصيد لا يصح لان الامام لا يملك
ان يفرد واحدا دون واحد بذلك حتي لو امر واحدا ان ياخذ شيا من الحشيش او صيد يخيه
في بر و بحر ولا يملكه المامور قبل الاخذ والاصطياد وان غيره لو اخذه كان اولي به منه بخلاف
الموات فان المامور بالاحيا يملكه بنفس الامر قبل الاحيا اذا خط له خطة فيكون اولي من غيره
ولان الامام يملك الارضين الموات لانه لو باعها جاز ولا يملك الصيد ولهذا لو باع الصيد في
البر لم يجز فظهر الفرق بين المقيس والمقيس عليه كذا ذكر الطحاوي في شرح الاثار وقد ذكره
الطحاوي في مختصره بقول ابي حنيفة ولهذا التقرير يحمل قوله عليه السلام من احيا ارضا ميتة فهي
له على انه اذن لقوم معينين لقوله عليه السلام من قتل قتيلا فله سلبه لا نصب الشرع حتي يكون
حكمه عاما لقوله عليه السلام من قا او رعف في صلاته فلينصرف وليتوضا وقال ابو عبيد
في كتاب غريب الحديث قال هشام العرق الظالم ان يجي رجل الي ارض قد احياها رجل
قبله فيغرس فيها غرسا او يحدث فيها شيا ليستوجب به الارض وتسمى في الفايق قوله لعرق ظالم
بقوله اي لذي عرق ظالم **قوله** كما في سائر المغانم يعني قبل القسمة **قوله** ويجب فيه العشر
ذكره تفريعا على مسئلة القدوري قال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا ملك ارض
الموات باذن الامام او بغير اذنه على الاختلاف فزرعها فانه ينظر ان زرعها بما السما فهي
ارض العشر وان زرعها بما نهر من انهار المسلمين فعلي قول ابي يوسف حكمها حكم تلك الاراضي
التي فيها ذلك ان كانت من ارض الخراج فهي من ارض الخراج وان كانت من ارض العشر فهي من
ارض العشر وعند محمد ان كان للما الذي ساقه اليها من مياه الانهار العظام كالنيل والفرات
وما اشبههما فهي من ارض العشر وان كان ذلك الما من نهر حفره الامام من مال الخراج فهي
ارض خراج وبه اخذ الطحاوي الي هنا لفظ شرح الطحاوي وقال ابو يوسف في كتاب الخراج
ومن احيا ارضا مواتا مما كان المسلمون افتتحوها مما كان في ايدي اهل الشرك عنوة وقد
كان الامام قسمها بين الجند الذين افتتحوها وخمسها فهي ارض عشر لانه حين قسمها بين المسلمين
صارت ارض عشر فيؤدي عنها الذي احياها العشر كما يؤدي هولا الذين قسمها الامام بينهم
وان كان الامام حين افتتحها تركها في ايدي اهلها ولم يكن قسمها بين من افتتحها كما كان عمر بن الخطاب
رضي الله عنه ترك السواد في ايدي اهله فهي ارض الخراج يؤدي عنها الذي احياها منهم شي الخراج
كما يؤدي الذين كان الامام اقرها في ايديهم وايما رجل احيا ارضا من ارض الموات من ارض

لخار

٣

فصار الاصل هنا ان المبان من الحي وهو حي صورة وحكما حرام اما المبان من الحي وهو الحي
صورة لقيام الحياة فيه لكنه ليس بحي حكما لانه لا يتوهم سلامته بعد القطع فانه يحل بيانه
اذا قطع راس الصيد او اكثر الراس او نصف الراس او قطعه نصفين او قطع الثلث منه مما يلي
الراس فانه يكون المبان والمبان منه حميعا لانه لا يتوهم سلامة الصيد بعد مثل هذا القطع
فكان ذلك مبانا من الحي صورة لا حكما ولهذا لو وقع في الما او تردي من الجبل لم يحرم في هذه الحالة
واذا قطع فخذ الصيد او يده او رجله او الثلث مما يلي العجز او قطع اقل من نصف الراس يحرم المبان
لانه مبان من الحي صورة وحكما لانه يتوهم سلامة الباقي بعد مثل هذا القطع ولهذا لو وقع في الما
او تردي من الجبل يحرم فصار تفسير الحديث ما ابين من الحي صورة وحكما فهو ميت اي لا يحل والجواب
عن قوله انه مبان بذكاة الاضطرار فيحل فنقول حال قطع اليد ينعدم ذلك ذكاة لبقا الروح
في الباقي فبعد زوال الروح لم يظهر اثره في المبان لانفصاله قبل حصول الذكاة **قوله**
ولو ضرب عنق شاة بسيف فابانه فانها تحل ذكرها تفريعا وهي من مسايل الاصل قال في الاصل
ارايت رجلا ضرب عنق شاة بسيفه وسمى فابانه من قبل الاوداج هل يوكل قال نعم وقد اسا
في صنيعه اما انها توكل لانه اتي بالذكاة وزيادة ولكن اسا لانه جاوز النخاع وقد نهي النبي
صلى الله عليه وسلم ان ينخع الشاة اذا ذبحت هذا اذا ضرب من قبل الاوداج اما اذا ضرب من
قبل القفا فابان الراس فان ماتت الشاة قبل قطع الاوداج لا تحل لان الذكاة انما تحصل اذا
قطع الاوداج وهي حية وقطع الاوداج حصلت وهي ميتة وان قطع الاوداج والشاة
حية حلت **قوله** ولو ضرب صيدا فقطع يدا او رجلا ولم يبنه الي اخره ذكرها تفريعا
ايضا وهي من مسايل الاصل هذا على وجهين اما ان يكون الابانة بحال يتوهم الالتيام والاندمال
او لا يتوهم بان يبقى متعلقا بجلده ففي الاول يوكل اليد والرجل لانه لم يوجد الابانة لا حقيقة
ولا اعتبارا فيحل كما يحل سائر الاجزاء وفي الثاني لا يحل لان الابانة وجدت من حيث المعنى
وان لم يوجد من حيث الصورة والعبرة للمعنى **قوله** ولا يوكل صيد المجوسي والمرتد والوثني
وهذا بسبب هوام الارض لانه لا يمكن الاحتراز عنه لانه لا بد من ان يقع الصيد على الارض
ولا يخلو الارض عن الهوام واما اذا لم يتعد عن طلبه فوجده ميتا وبه جراحة اخري لم يسقط اعتبار
توهم موته بتلك الجراحة لان الاحتراز عنها ممكن لان الصيد يخلو عن جراحة اخري في الجملة
فوجب اعتبار الموهوم لامكان الاحتراز كما اذا تعد عن طلب الصيد ولم يجد به الا جراحة سهمه
والجواب في ارسال الكلب في هذا كالجواب في الرمي يعني اذا ارسل الكلب او الباز
المعلم على الصيد فجرحه فغاب ثم وجده ميتا فان كان لم يتعد عن طلبه حل اذا لم يكن به جراحة
اخري فان تعد عن طلبه او كان به جراحة اخري لم يحل واذا رمي صيدا فوقع في الما
او وقع على سطح او جبل ثم تردي منه الي الارض لم يوكل اي قال القدوري في مختصره قال في الاصل

رجل رمى صيدًا فاصابه فوقع في ماء كانت فانه لا يؤكل وهذا لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم
مريض لا يضمن قيمته صحيحا بكذا ههنا وقال شيخ الاسلام خواهرزاده انما خص قولهما لانه لم يحفظ
الرواية عن ابي حنيفة لا ان قول ابي حنيفة بخلاف قولهما فاما اذا علم ان الموت حصل من الجراحتين
جميعًا او لا يدري قال شيخ الاسلام خواهرزاده لم يذكر في هذا الكتاب ان الثاني ماذا يضمن ثم قال
وذكر في الزيادات وقال يضمن الثاني ما نقصته جراحته لانه لما رمى الثاني وقد جرح حيوانًا
مملوكًا للاول ومن جرح حيوانًا مملوكًا لغيره فانه يضمن ما نقصته جراحته اولا كما لو جرح عبدًا
ثم يضمن نصف قيمته حيًا وبه جراحتان لان التلف حصل بالجراحتين جميعا والعبد بينهما فاذا
صار والعبد لهما فاليهما صار الثاني قاتلا نصف هذا الصيد وهو مملوك لغيره فيضمن نصف قيمته
مجروحا بجراحتين لان الجراحة الاولى ما كانت من صنعه فلا تكون مضمونة عليه والثانية وان كانت
من قبله الا انه ضمن مرة فلا يضمنه مرة اخرى ثم يضمن نصف قيمة لحمه ذكيا لانه بالرمية
الاولى صار بحال يحل بذكاة الاختيار لولا رمية الثاني فهو بالرمي افسد عليه نصف اللحم فيضمن
نصف قيمته لحما بيانه ما قالوا في شروح الزيادات ان نصف الصيد تلف بفعله والاول الا انه
كان يؤكل لولا فعل الثاني فصار الثاني متلفا للنصف الذي قتله الاول لحما فغرم قيمته لحما
ولم يضمن قيمة النصف الآخر الذي قتله بنفسه لحما لانه ضمن قيمته حيا فدخل فيه قيمته لحما

قوله فالجواب في حكم الاباحة يجيء لا في حكم الضمان لان الانسان لا يضمن ملك نفسه لنفسه

قوله قال ويجوز اصطياد ما يؤكل لحمه من الحيوان وما لا يؤكل اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان النصوص المقتضية لاباحة الاصطياد من الآيات والاخبار عامة ولان اصطياد
ما لا يؤكل لحمه فيه فائدة وهي الانتفاع بجلده او شعره او ريشه او عظمه او دفع اذيته
فيكون مشروعا كاصطياد ما يؤكل لحمه والله اعلم

كتاب الرهن

مناسبة الرهن بالصيد من حيث ان كل واحد من الرهن والاصطياد سبب مباح لتحصيل
المال ثم الرهن لغة حبس الشيء باي سبب كان منه قوله تعالى كل امرئ بما كسب رهين وفي
عرف الشرع حبس العين بحق يمكن استيفاؤه منها وانما قيدنا بالحق لان الرهن كما يصح بالدين
يصح بالغصب ايضا والحق يشملهما وقال القدوري في شرحه الرهن في الشرع عبارة عن
عقد وثيقة بمال وبذلك ينفصل من الكفالة والحوالة لانهما عقد وثيقة بذمة وينفصل
من المبيع في يد البائع لانه وثيقة وليس بعقد على وثيقة والاصل في مشروعية الرهن
الكتاب والسنة والاجماع اما الكتاب فقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا كاتبا فرهن
مقبوضة والرهان جمع الرهن كالعباد والرماد في جمع العبد والرمد وقرا ابو عمرو

وابن كثير

وابن كثير فرهن مقبوضة وهي جمع الجمع واما السنة فما ذكر محمد في الاصل عن ابي يوسف عن الاعمش
عن ابرهيم عن الاسود عن عائشة رضي الله عنها ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي
طعاما نسيئة ورهنه به درعه واجماع الامة على هذا ظاهر لم يخل عصر من الاعصار
يرهنون ويرتهنون وثيقة بالديون وحديث البخاري في الصحيح باسناده الى الاسود عن عائشة
رضي الله عنها ان النبي صلى الله عليه وسلم اشترى من يهودي طعاما الى اجل ورهنه درعه افاد ما ذكر
محمد فوائد احداها لا باس بالبيع والشرا نسيئة ولا كراهة فيه ومن الناس من قال يكره لما فيه
من طول الامل فانه روي عن اسامة انه اشترى شيئا بدراهم نسيئة شهرا فبلغ ذلك رسول
الله صلى الله عليه وسلم فقال عليه السلام ان اسامة لطويل الامل والله لا افتح عيني الا واخشى
على نفسي الموت قبل ان اردهما وعامة العلماء لم يروا به باسا بهذا الحديث وفيه دليل
لا باس بالاستدانة فان الشرا نسيئة استدانة وكان ذلك مكروها في ابتدا الاسلام لان النبي
صلى الله عليه وسلم كان يشدد في امر الدين لان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يصلي على من مات
وعليه دين ثم رخص في ذلك ووعد لمن عليه الدين وعدا جميلا وكان يقول ان الله في عون
العبد المسلم ان كان عليه دين وهو يريد قضاءه ولكن الافضل للانسان ان يتبادر الى
قضائه لئلا يدركه الموت وهو عليه فانه لا حايل بين الجنة والعبد بعد الكفر الا الدين
الا ان يتفضل الله تعالى عليه فيرضي خصمه وفيه دليل انه لا باس بالشراء والمعاملة مع
اهل الذمة وفيه دليل انه لا باس برهن السلاح منهم فانه صلى الله عليه وسلم رهن بثمن الطعام
درعه وهذا اذا لم يكن لهم قوة اما اذا كان لهم قوة يكره ذلك كما يكره البيع منهم كما ذكر
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وقال اصحابنا يجوز الرهن في السفر
والحضر جميعا وقال في الكشاف وعن مجاهد والضحاك انهما لم يجوزاه الا في حالة السفر اخذا
بظاهر الآية ولنا حديث عائشة انه استقرض بالمدينة من يهودي طعاما ورهنه درعه
ولان كل عقد جاز في السفر جاز في الحضر كعقد البيع وقوله تعالى وان كنتم على سفر ولم تجدوا
كاتبا فرهان مقبوضة فانما خص السفر لان الغالب ان الانسان لا يتمكن فيه من الكتاب والاشهاد
فيستوثق بالرهن وفي حال الحضر يتمكن من الاستيثاق بالكتاب والشهود فلذلك لم
يذكر الرهن فيه **قوله** ولانه عقد وثيقة لجانب الاستيفاء فيعتبر بالوثيقة في طرف
الوجوب وهي الكفالة بيانه ان الدين له طرفان طرف الوجوب وطرف الاستيفاء لانه يجب
اولا في الذمة ثم يستوفى المال بعد ذلك ثم الوثيقة بطرف الوجوب الذي يختص بالذمة
وهي الكفالة جائزة فكانت الوثيقة بطرف الاستيفاء الذي يختص بالمال جائزة ايضا اعتبارا
بطرف الوجوب بل بالطريق الاولى لان الاستيفاء مقصود والوجوب وسيلة لهذا المقصود
شرعت الوثيقة في حق الوسيلة فلان تشرع في حق المقصود اولى لهذا قال شيخ الاسلام خواهرزاده

والوثيقة ما يوثق به الشيء ويؤكد به **قوله** قال الرهن ينعقد بالايجاب والقبول
ويتم بالقبض اي قال القدوري في مختصره اما اعتبار الايجاب والقبول فلكون العقد لانه لا يتحقق
الا بهما واما اعتبار القبض فهو شرط لصحة الرهن وجوازه عندنا وقال مالك يصح بالايجاب
والقبول بدون القبض لانه عقد مختص بالمال من الجانبين فلا يشترط فيه القبض كالبيع ولنا قوله
تعالى فرهان مقبوضة وصف الرهن بكونها مقبوضة والنكرة اذا وصفت عمت كقوله والله لا اكلم
الا رجلا كوفيا فيقتضي ان يكون كل الرهن مشروعا بهذه الصفة ولانه عقد تبرع بدلالة ان
الانسان لا يجبر عليه فلا يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه كالوصية ولان الراهن لو مات قبل ان
يقبض المرتهن لم يجبر ورثته على القبض فلو تعلق الاستحقاق بمجرد العقد لزم ورثته كالبيع وقول
صاحب الهداية قالوا الركن الايجاب بمجرده اي قال بعض المشايخ اشارة الى ما قال شيخ الاسلام خواهر
زاده لانه قال الرهن قبل القبض جائز الا انه غير لازم وانما يصير لازما في حق الراهن بالقبض فكان
القبض شرط اللزوم لا شرط الجواز كما في الهبة وما قال صاحب الهداية وخواهر زاده كلاهما ضعيف
اما قول صاحب الهداية فلانه جعل ركن الرهن مجرد الايجاب ولم يذكر القبول وركن الشيء ما يقوم
به ذلك الشيء ولا قيام للعقد بدون الايجاب والقبول والايجاب ان يقول المديون رهنتك هذا
بما لك علي من الدين او يقول خذ هذا الشيء رهنا بدينك ونحو ذلك ويقول الدائن قبلت
واما قول خواهر زاده فلانه خلاف الرواية وخلاف النص اما خلاف الرواية فلان محمدا قال في كتاب
الرهن لا يجوز الرهن الا مقبوضا وقال الحاكم الشهيد في الكافي لا يجوز الرهن غير مقبوض وقال
الطحاوي في مختصره ولا يجوز الرهن الا مقبوضا مفرغا محوزا حتى يخرج عن يد راهنه الى يد مرتهنه او الى
يد من يثق راهنه ومرتهنه ان يكون في يده دون ايديهما عدلا فيه لهما وقال ابو الحسن الكرخي في
مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا محوزا
منفصلا من غيره وغير متعلق بما لم يقع عليه عقد الرهن وهذا كله يدل على ان الرهن لا يجوز بدون
القبض فعلم ان القبض شرط للجواز لتوقف الجواز على القبض واما خلاف النص فلانه تعالى قال فرهان
مقبوضة وقد قيد الرهن بالقبض ومذهبنا ان المطلق يجري على اطلاقه والمقيد يجري على تقييده
فلا يجوز الغاء التقييد كما لا يجوز الغاء الاطلاق **قوله** ولنا ما تلوناه اراد به قوله تعالى فرهان
مقبوضة **قوله** والمصدر المقرون بحرف الفاء في محل الجزاء يراد به الامر كما في قوله تعالى فعدة
من ايام اخر وقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة اي فليصم عدة وليحرر رقبة وقد سمى صاحب الهداية
الرهان مصدرا كما ترى وكذلك ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي وغيرهما في شرح الكافي
ولنا فيه نظر لانه خلاف ما ثبت في قوانين اللغة كالجمهرة وديوان الادب وغيرهما لانهم قالوا الرهان
جمع رهن وجمع الرهن رهون ورهان ورهن بضمتين والرهينة بمعنى الرهن ايضا وجمعها رهائن
نعم الرهان يجيء مصدرا من قولهم راهنه على كذا اي خاطره مراهنة ورهانا من باب المفاعلة

ولكن

ولكن ليس ذلك مما نحن فيه فلو كان المصدر هو المراد في الاية لم يحتج في صفة الرهان الى تاء
التانيث فافهم **قوله** ولهذا لا يجبر عليه هذا ايضاح لكون الرهن عقد تبرع يعني ولانه عقد
تبرع لا يجبر الراهن على الرهن **قوله** فلا بد من امضائه اي انفاذ الرهن وامضاؤه بالقبض يعني
لا بد لثبوت الاستحقاق من الامضاء كما في الوصية لانها عقد تبرع لا يستحق الا بالامضاء ولكن امضاؤها
بان لا يرجع عنها صريحا او دلالة **قوله** ثم يكتفى فيه بالتخلية في ظاهر الرواية اي في القبض واراد
بالتخلية رفع الموانع عن القبض يعني ان الراهن اذا خلى بين المرتهن والمرهون يعتبر قابضا كما
اذا فعل البائع مثل ذلك بالمبيع والمشتري وهذا لان قبض الرهن قبض واجب بحكم عقد مشروع
فكان كقبض المبيع ثمه يكتفى بالتخلية فكذا هنا وروي عن ابي يوسف انه فرق بين المرهون والمبيع
فثمه اكتفى بالتخلية وفي المرهون اشترط النقل اذا كان المرهون نقليا وذلك لان قبض الرهن موجب
للضمان ابتداء بعقد الرهن لان الضمان انتقل من شخص الى شخص فكان قبض الرهن كقبض الغصب
لانه موجب للضمان ابتداء ايضا وفي الغصب يشترط النقل للضمان ولا يثبت بالتخلية فكذا هنا
بخلاف الضمان في المبيع فانه قبل قبض المشتري كان مضمونا على البائع بالثمن وبالقبض انتقل الضمان
عنه الى المشتري فلم يكن مضمونا ابتداء فاكتفي بالتخلية **قوله** والاول اصح اي ظاهر الرواية وهو
ثبوت القبض بمجرد التخلية بدون اشتراط النقل اصح لان الرهن انما يقبض بجهة استيفاء الدين
من هذا المحل يدا في الحال ورقبة عند الهلاك فكان للرهن حكم استيفاء الدين ثم ان الراهن اذا
خلى بين المرتهن ودينه يعتبر قابضا وذلك حقيقة الاستيفاء فكذا يعتبر قابضا اذا خلى بينه
وبين الرهن وهو جهة الاستيفاء **قوله** قال واذا قبضه المرتهن محوزا مفرغا متميزا تم العقد
فيه اي قال القدوري في مختصره يعني تم عقد الرهن في المرهون وذلك لان قبضه على هذه الصفة
قبض صحيح فتم العقد به قالوا قوله محوزا احتراز عن رهن الثمر على النخل وعن رهن الزرع في الارض
لان المرتهن لم يحزه وقوله مفرغا احتراز عن عكسه وهو رهن النخل دون الثمر ورهن الارض
دون الزرع لان المرهون ليس بمفرغ عما لم يقع عليه عقد الرهن بل هو مشغول بغيره وقوله
متميزا احتراز عن رهن المشاع كرهن نصف العبد او الدار او الثوب وبيان هذه القيود يجيء
ان شاء الله تعالى في اول الباب من قوله ولا يجوز رهن المشاع الى قوله ولا يصح الرهن بالامانات
قوله وما لم يقبضه فالراهن بالخيار ان شاء سلمه وان شاء رجع عن الرهن وهذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لان ملك اليد والحبس بجهة الاستيفاء وهذا المعنى لا يحصل قبل القبض او نقول
المقصود من الرهن الجاء الراهن بكونه محبوسا عند المرتهن حتى يضجر ويتسارع الى اداء الدين
وهذا لا يكون بدون القبض او نقول المقصود منه صيانة حق المرتهن عن مزاحمة سائر الغرماء
في الرهن وهذا المعنى لا يتحقق الا بالقبض **قوله** قال واذا سلمه اليه فقبضه دخل في ضمانه
اي قال القدوري في مختصره والكلام هنا في نفس الضمان ان الرهن مضمون ام لا فعندنا مضمون

وعند الشافعي رحمه الله امانة واما الكلام في كيفية الضمان فسيجي عند قوله وهو مضمون بالاقل
من قيمته ومن الدين وحجة قول الشافعي رحمه الله روى الطحاوي في شرح الآثار باسناده الى ابن
شهاب عن ابن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق الرهن قال ابن شهاب فكان ابن
المسيب يقول الرهن ممن رهنه له غنمه وعليه غرمه وحدث الطحاوي ايضا باسناده الى ابن
جريج عن عطا وسليمان بن موسى قالا قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن فقال
قائل لما قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لا يغلق الرهن لصاحبه غنمه وعليه غرمه ثبت بذلك
ان الرهن لا يضيع بالدين وان لصاحبه غنمه وهو سلامته وعليه غرمه وهو غرم الدين
بعد ضياع الرهن قال الطحاوي وهذا تاويل انكره اهل العلم جميعا باللغة وزعموا انه لا وجه
له عندهم ولان الرهن شرع وثيقة بالدين لصيانته وسقوط الدين بهلاك الرهن يضاد الصيانة
فكان مردودا ولانه قبض مال غيره باذنه غير متملك ولا مملك عليه قياسا على ما زاد على قدر
الدين ولنا ما حدث الطحاوي في شرح الآثار عن محمد بن خزيمة قال حدثنا عبيد الله بن محمد
التيمي قال اخبرنا عبد الله ابن المبارك قال اخبرنا مصعب بن ثابت عن عطا ابن ابي رباح ان
رجلا ارتهن فرسا فمات الفرس في يد المرتهن فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ذهب حقك
فدل هذا من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم على بطلان الدين بضياع الرهن قال القدوري
في شرحه ولا يجوز ان يكون المراد ذهب حقك من الامساك لان ذلك يعلم مشاهدة ولان المطالبة
برهن آخر لان ذلك لم يكن حقا له فلم يبق الا ان يكون المراد ذهب حقك من الدين قال الطحاوي
فان قيل هذا منقطع قيل له فالذي تاولته ايضا منقطع فان كان المنقطع حجة لك علينا فالمنقطع
ايضا حجة لنا عليك وقال الطحاوي فان قال انما قبلته وان كان منقطعا لانه عن سعيد بن المسيب
ومنقطع سعيد يقوم مقام المتصل قيل له ومن جعل لك ان تخص سعيدا بهذا وتمنع مثله من
اهل المدينة مثل ابي سلمة والقاسم وسالم وعروة وسليمان بن يسار وامثالهم من اهل المدينة والشعبي
وابرهيم النخعي وامثالهما من اهل الكوفة والحسن وابن سيرين وامثالهما من اهل البصرة وكذلك
من كان في عصر من ذكرنا من سائر فقهاء الامصار ومن كان فوقهم من الطبقة الاولى من التابعين مثل
علقمة والاسود وعمرو بن شرحبيل وعبيدة وشريح لئن كان هذا لك مطلقا في سعيد بن المسيب
فانه مطلق لغيرك فيمن ذكرنا وان كان غيرك ممنوعا من ذلك فانك ممنوع من مثله لان هذا
حكم وليس لاحد ان يحكم في دين الله بالتحكم وروى الطحاوي ايضا عن سعيد بن المسيب وعروة بن
الزبير والقاسم ابن محمد وابي بكر بن عبد الرحمن وخارجة بن زيد وعبيد الله بن عبد الله موقوفا
ومرفوعا انهم قالوا الرهن بما فيه اذا هلك وعميت قيمته ثم اعلم ان احدا من الصحابة والتابعين
لم يرو عنه ان الرهن بما فيه في مقدار الدين ليس بمضمون بل انهم اتفقوا انه مضمون في مقدار الدين
وانما اختلفوا في الزيادة على قدر الدين فعند عمر رضي الله عنه هي امانة وقول الخصم انه

امانة

امانة في مقدار الدين خرق للاجماع فلا يسمع ولان احكام العقود الشرعية تقتبس من الفاظها
الدالة عليها فان التعريف يقع باللفظ فلا بد من مراعاة معنى اللفظ ليكون التعريف به صحيحا
وقد ورد الشرع باسم الرهن وهو منبئ عن الحبس قال الله تعالى كل نفس بما كسبت رهينة اي محتبسة
فصار موجب الرهن احتباس العين بالدين فلما كانت محتبسة به سقط الدين بهلاكها ولان الرهن
شرع وثيقة بالدين الا ترى انه اقيم مقام الاشهاد والكتاب في قوله تعالى وان كنتم على سفر ولم
تجدوا كاتبا فرهان مقبوضة والكتاب يقصد به الوثيقة فكذا الرهن يقصد به الوثيقة لجانب
الاستيفا حتى يكون موصلا اليه لانه يؤمن عن جحود الراهن الدين لانه لا يجحد خوفا عن جحود
المرتهن الرهن ولانه يضجر بكون الرهن في يد المرتهن فيتسارع الى اداء الدين لعجزه او حاجته
الى العين فاذا كان كذلك كان مستوفيا من وجه لان استيفاء الدين ليس الا بتمليك العين بالدين
وقد تقرر الاستيفاء بالهلاك فلو استوفى ثانيا ادى الى الربا فلا يجوز بخلاف حال قيام الرهن لان هذا
الاستيفاء ينتقض برد العين الى الراهن فلا يؤدي الى تكرار الاستيفاء ولانه عقد يختص بعين من احد
الجانبين ودين من الآخر فاقتضى الضمان كالسلم ولانه مقبوض بجهة الاستيفاء والمقبوض على جهة
الاستيفاء كالمقبوض على حقيقته الا ترى ان المقبوض على وجه السوم لما قبض على جهة التمليك كان
كالمقبوض على وجه التمليك في الضمان وكيف يقال انه امانة وفي الامانات يأخذها صاحبها
متى شاء وكذلك في العارية وليس للراهن ان يأخذ الرهن متى شاء حتى يؤدي الدين او يبرئه
المرتهن فعلم انه مضمون بالدين وحجة اخرى انه لما كان للبائع حبس السلعة بالثمن ليستوفيه
فاذا هلك هلك بالثمن فكذا الرهن لما كان محبوسا بالدين اذا هلك هلك بالدين والجواب
عن حديث الخصم فنقول قال ابو عبيد القسم بن سلام الهروي قوله لا يغلق الرهن قد جاء تفسيره
عن غير واحد من الفقهاء قال حدثنا جرير عن مغيرة عن ابرهيم في رجل دفع الى رجل واخذ منه دراهم
فقال ان جئتك بحقك الى كذا وكذا والا فالرهن لك بحقك فقال ابرهيم لا يغلق الرهن قال ابو عبيد
فجعله جوابا لمسئلته وقد روي عن طاوس نحو هذا المعنى وذلك عن ابن عيينة عن عمرو عن طاوس
قال واخبرني ابن مهدي عن مالك بن انس وسفيان بن سعيد انهما كانا يفسرانه على هذا التفسير
ثم قال ابو عبيد وقد ذهب بمعنى هذا الحديث بعض الناس الى تضييع الرهن تقول اذا ضاع الرهن
عند المرتهن فانه يرجع على صاحبه فيأخذ منه الدين وليس يضره تضييع الرهن قال ابو عبيد وهذا
مذهب ليس عليه اهل العلم ولا يجوز في كلام العرب ان يقال للرهن اذا ضاع قد غلق انما يقال
غلق اذا استحقه المرتهن فذهب به وكان هذا من فعل الجاهلية فرده رسول الله صلى الله عليه وسلم
وابطله بقوله لا يغلق الرهن وقد ذكره بعض الشعراء ذلك في شعره قال زهير يذكر امراة
وفارقتك برهن لا فكاك له يوم الوداع فامسى الرهن قد غلقا يقول انها ارتهنت قلبه فذهبت
به فاي تضييع ههنا فاما الحديث الآخر في الرهن له غنمه وعليه غرمه قال حدثنيه كثير بن هشام

عن جعفر بن برقان عن الزهري عن سعيد بن المسيب يرفعه انه قال ذلك وهذا ايضا معناه
معنى الاول لا يفترقان يقول يرجع الرهن الى ربه فيكون له غنمه ويرجع رب الحق عليه
بحقه فيكون غرمه عليه ويكون شرطهما الذي اشترطا باطلا فهذا كله معناه اذا كان الرهن
قايما بعينه ولم يضع فاما اذا ضاع فحكمه غير هذا الى هنا لفظ ابي عبيد في كتابه وحدث
مالك في الموطا عن ابن شهاب عن ابن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يغلق
الرهن قال مالك وتفسير ذلك فيما نرى ان يرهن الرجل الرهن بالشي وفي الرهن فضل
عما رهن به فيقول الراهن للمرتهن ان جيتك بحقك الى اجل يسميه له والا فالرهن لك بما فيه
فهذا لا يصح ولا يحل وهذا الذي نهي عنه فان جا صاحبه بما فيه بعد الاجل فهو له وقال
الطحاوي في شرح الاثار ذهبوا في تفسير قول سعيد بن المسيب يعني ابا حنيفة وابا يوسف
ومحمد له غنمه وعليه غرمه الى ان ذلك في البيع اذا بيع الرهن بثمن فيه نقص عن الدين غرم
الراهن ذلك النقص وهو غنمه المذكور في الحديث وقال بعض اصحابنا في طريقة الخلاف له
تاويلان احدهما ان له زوايده من الصوف واللبن وعليه نفقته والثاني ان له زيادة ثمنه
وعليه نقصانه عند البيع وهذا اذا اريد بالصاحب الراهن فان اريد المرتهن فغنمه له
يعني ان زوايده تكون رهنا عنده وغرمه عليه يعني اذا هلك الرهن يسقط دينه قال
القدوري في شرحه وقد اعتبر الشافعي رحمه الله هلاك الرهن بموت الكفيل يعني ان
كل واحد من الكفالة والرهن للوثيقة ثم بموت الكفيل لا يسقط الدين فكذا بهلاك الرهن
قال وهذا ليس بصحيح لان التوثق يقع بذمة الكفيل في مقابلة ذمة الغريم والتوثق بذمة
الغريم لا يوجب ان يكون مضمونة على صاحب الدين وكذلك التوثق بذمة الكفيل
والرهن يتوثق به في مقابلة الدين فلو قبض الدين كان مضمونا عليه فكذلك اذا قبض
ما يتوثق به منه ولا يقال ان قبض المرتهن لو تعلق به الضمان لم يرجع المرتهن على الراهن
بما يلحقه من الضمان عند الاستحقاق كما لا يرجع الغاصب لان امساك المرتهن يقع لمنفعته
ولمنفعة الراهن بدلالة ان الدين يسقط عن الراهن بتلف الرهن فصار كقبض المستاجر
لما كان فيه منفعة الموجر والمستاجر يرجع المستاجر بالضمان واما قبض الغاصب فلا منفعة
فيه للمالك فلذلك لم يرجع **قوله** قال ومعناه اي قال الشافعي رحمه الله معنى قوله
عليه السلام لا يغلق الرهن اي لا يصير مضمونا بالدين وقال في الفايق يقال غلق الرهن
غلوقا اذا بقي في يد الموتهن ملك المرتهن الرهن ورايت في اشعار النساء لابي عبد الله
ابن عمران المرزباني قال اخبرني محمد بن يحيى الصولي قال يروى ان شريف حظية المامون
استاذنت المعتصم وهو يشخص الى بغداد ان ياذن لها في زيارة قبر مولاها فاذن لها
فغربت عليه فسطاطا وجعلت تبكي وتنوح بشعر لها يا ملكا لست بناسيه نعي الي

العيش ناعيه والله ما كنت اري انني اقوم في الباكين ابكيه والله لو يقبل مني الفدا
لكنت بالمهجة افديه عاذلتي في جزعي اقصري قد غلق الرهن بما فيه ونشرتها
جارية المامون الخليفة **قوله** نفق يقال نفقت الدابة اذا هلكت نفوقا ونفق المتاع اذا
راج نفاقا **قوله** ولا وجه الى استيفا الباقي بدونه لانه لا يتصور اي لا وجه الى استيفا
الباقي وهو الرهن القايم بدون ملك اليد يعني اذا رد الرهن الى صاحبه يفوت ملك اليد
عن المرتهن ولا يمكن القول بالاستيفا حينيذ لان استيفا المرتهن دينه من الرهن بدون
ملك اليد لا يتصور لانه محال فاذا لم يكن الاستيفا وطولب الراهن باذا الدين لا يلزم
الربوا لانه لم يتكرر الاستيفا **قوله** والاستيفا يقع بالمالية اما العين امانة وهذا جواب
سوال بان يقال لا نسلم ان الرهن استيفا للدين من وجه فلو كان استيفا للدين لا يخلو
اما ان يكون استيفا لعين الدين او استيفا لبدل الدين لا وجه الى الاول لان الرهن ليس
من جنس الدين واستيفا الدين لا يكون الا من جنسه ولا وجه الى الثاني لاجماعنا ان الرهن
بالمسلم فيه وبدل الصرف قبل القبض يجوز مع ان الاستبدال بهما قبل القبض لا يجوز
فاجاب عنه بهذا فاندفع السوال لان المجانسة ثابتة باعتبار صفة المالية فكان العين
كالكيس فلو كان او في حقه من الدراهم في الكيس يكون ما في الكيس مضمونا دون الكيس
فلذا هنا ما في العين من صفة المالية مضمون دون العين فانها امانة لانها ملك الراهن
ونفقتها عليه وتحقيق الجواب هنا ان يقال اما من حيث ملك اليد فهو استيفا لعين الدين
لان ملك اليد يعتمد التجانس في المالية وقد وجد واما من حيث ملك الرقبة فهو استيفا
بدل الدين ولكن من معنى العين وهو المالية لا من صورة العين وذاتها لان العين ملك
الراهن وهو امانة في يد المرتهن ويهلك على ملك الراهن فلهذا جاز الرهن بالسلم والصرف
لان الممنوع عنه شرعا ثمة هو الاستبدال صورة ومعنى وهذا استبدال معنى لا صورة فان
قلت قولكم يتقرر الاستيفا بالاستهلاك فلا نسلم لان الاستيفا على نوعين نوع يتقرر بالهلاك
كاستيفاء الثمن بعد تسليم المبيع فانه يتقرر عند هلاك المبيع ونوع ينتقض عند الهلاك
كاستيفاء الثمن قبل تسليم المبيع فانه ينتقض بهلاك المبيع ولو قلتم ان هذا الاستيفا لا ينتقض
بهلاك المرهون كما ينتقض في حالة الفكاك فاذا انتقض لا يودي الى الربوا قلت انما ينتقض
القبض والاستيفا برد العين الى المالك واعادة يده اليه كما في حالة الفكاك وكما في حال
هلاك المبيع قبل القبض ولم يوجد ذلك في صورة هلاك المرهون فلم ينتقض بل تقرر الاستيفا
بالهلاك لان الشي بانتهايه يتقرر فاذا تقرر استيفا الدين بهلاك المرهون ثم وجب على
الراهن ايفا الدين ثانيا من ماله آخر يتكرر الاستيفا لا محالة عن قول الشافعي رحمه الله ان الرهن
وثيقة بالدين شرع صيانة للدين والسقوط بالهلاك يضاد الصيانة فقال لا نسلم انه

ينا د الصيانة بل يحقق الصيانة لانه لما تقرر استيفا الدين بالهلاك لم يذهب الدين بلا
شي حتي يفوت معنى الصيانة بل يحقق معني الصيانة حيث سقط بهلاك الرهن ولم يسقط
مجانا وانما يبطل معني الصيانة اذا ذهب سوي الدين مجانا ولم نقل لذلك غاية ما في الباب
ان ذمة الراهن تفرغ عن الدين بجعل المرتهن مستوفيا دينه بهلاك الرهن وفراغها
لا ينافي معني الصيانة لانه اذا حصل الاستيفا حصل الفراغ ضرورة والا لم يكن الاستيفا استيفا
كما في الحوالة انها شرعت وثيقة لصيانة حق الطالب ثم بالحوالة تفرغ ذمة المحيل عن الدين
ولا ينافي فراغها معني الوثيقة والصيانة فكذا هنا **قوله** فالحاصل ان عندنا حكم الرهن صيرورة
الرهن محتبسا بدينه باثبات يد الاستيفا عليه وعنده تعلق الدين بالعين استيفا منه
عينا بالبيع اي حاصل الخلاف في ان الرهن مضمون او امانة على الخلاف في حكم الرهن فمن قال حكمه
ان يكون محتبسا بالدين جعله مضمونا على ما قررنا ومن قال انه ليس محتبسا بالدين بل حكمه تعلق
الدين بالعين استيفا منه عينا بالبيع جعله امانة فان المرتهن كان له ان يطالب الراهن بايفا
الدين من غير تعيين المحل بعد الرهن يطالبه بالايفا من هذا المحل بعينه وقال في طريقة الخلاف
المطولة البرهانية عند علمائنا حكم الرهن استيفا العين بالدين في حق ملك اليد والحبس من
حيث انه مال لا من حيث انه عين وعنده حكم الرهن ثبوت ولاية مطالبة البيع واختصاصه
بما ليته العين من بين سائر الغرماء وقال في المختلف حكم الرهن عند الشافعي صيرورة المرتهن احق
بثمنه عند البيع وحق المطالبة ببيعه وعندنا ملك اليد والحبس بجهة الاستيفا يدا في الحال
على وجه يصير حقيقة الاستيفاء عند الهلاك فيسقط الدين بهلاكه وعلى هذا تبتني مسائل
منها ان الرهن امانة عنده واذا هلك لا يسقط الدين وعندنا يسقط ومنها ان حكم الرهن لا يسري
الي الولد عنده لان تعيين عين لقضا الدين لا يوجب تعيين عين آخر وعندنا يسري لانه
صفة شرعية للام فيسري الي الولد كملك الرقبة ومنها ان رهن المشاع يجوز عنده لان المشاع
قابل للبيع واستيفا الدين من ثمنه وعندنا لا يجوز لان ملك الحبس يقتضي ثبوت الحبس وحبس
المشاع وحده لا يتحقق ومنها ان الراهن يملك استرداده لانه ملكه وتعينه لقضا الدين من ثمنه
لا يبطل باسترداده وعندنا لا يملك لان فيه ابطال ملك اليد والحبس عليه ومنها ان للراهن
ان ينتفع بالمرهون ويشرب لبنها عنده لانه باق على ملكه وعندنا ليس له ذلك لان فيه
ابطال ملك اليد عليه ومنها ان الراهن اذا اعتق عبد المرهون بطل اعتاقه وعندنا ينفذ
ويضمن قيمته ان كان موسرا ويكون رهنا مكانه وان كان معسرا سعي العبد في قيمته له ان
الاعتاق لاقي حق الغير بالابطال فلا ينفذ كبيع الراهن المرهون ولنا انه اعتق ملك نفسه
لان حكم الرهن ملك اليد تبقي ملك الرقبة له والاعتاق يصادف ملك الرقبة الا انه يبطل حق
المرتهن ضمنا وتبعا فلا يمنع نفاذه ويجب جبر حقه بالضمان وغير هي عدة المسائل التي ذكر

تورادها

تعد اد عاجلة في كفاية المنتهي **قوله** قال ولا يصح الرهن الا بدين مضمون اي قال القدوري
في مختصره وقيد الدين بالمضمون على وجه التاكيد والا فجميع الديون مضمونة كذا قال في شرح
الاقطع وقيل اريد بالدين المضمون ما كان واجبا في الحال اي لا يصح الا بدين واجب في الحال لا بدين
يجب واحترز به عن الرهن بالدرك فانه لا يصح وهو عبارة عن ضمان الثمن عند استحقاق المبيع
وقيل احترز عن بدل الكتابة فان الرهن به لا يصح لان المضمون هو الذي لا يسقط الا بالاداء
والابراء وبدل الكتابة ليس كذلك لانه يسقط بتعجيز النفس وفي الفتاوى يجوز الرهن ببدل الكتابة
والاصح ما قاله في شرح الاقطع قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره الرهن جائز بالديون كلها
ومن اي وجه ثبتت مكيلة كانت او موزونة او معدودة او غير ذلك من سائر العقود ما ثبت
بالبياعات والاجارات والكفالات والحوالات وغير ذلك من سائر العقود وكذلك ما ثبت بقرض
او غصب او استهلاك مال وكذلك ما ثبت بعقد النكاح والخلع والصلح من دم عمد او صلح من جراحة
عمد من عروض او حيوان من الرقيق او غيره فالرهن بذلك كله جائز ولا يجوز الرهن بالاعيان
ما كان منها امانة من الودايع والعواري والمضاربات والشركة وما هو من الاعيان مضمون بغيره
لا بنفسه من الاعيان او وقع عليها البيع وما كان في معناها لا يجوز ان يأخذ المشتري من البايع بذلك
رهنا وما كان من الاعيان مضمونا بنفسه مما يجب بهلاكه قيمته من الاعيان المغصوبة والمتزوج
عليها والمختلع بها والمصالح عليها من دم عمد وغير ذلك مما هو مضمون بقيمته اذا هلك فالرهن
جائز الي هنا لفظ الكرخي رحمة الله عليه قال القدوري في شرحه وجملة هذا ان الرهن لا يخلو
اما ان يكون بدين او بعين فان كان بدين جاز بكل حال سوا كان الدين من الاثمان او غيرها
باي وجه ثبت من وجوه الضمان وذلك لان الرهن للاستيفاء والدين يمكن استيفاؤه من
ثمن الرهن فجاز الارتهان به فاما الاعيان المضمونة فانها على وجهين ما كان منها مضمونا بنفسه
كالغصب جاز الرهن به والمضمون بنفسه ما يجب عند هلاكه مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم
يكن له مثل وانما جاز الرهن بذلك لانه مضمون ضمانا صحيحا فامكن استيفا المضمون من الرهن
فجاز الرهن به واما الاعيان المضمونة بغيرها فلا يجوز الرهن بها كالمبيع في يد البايع وذلك
لانه لا يجب بهلاكه حق على البايع يستوفي من الرهن وانما يبطل بهلاكه البيع ويسقط الثمن فصار
كالذي ليس بمضمون واما الاعيان التي ليست بمضمونة كالودايع والعواري والمضاربات والشركة
فانه لا يجوز الرهن بها لان مقتضاه الضمان فاذا ليس بمضمون لا يوجد معني الرهن فيه قال ويجوز
الرهن بالاعيان المتزوج عليها والمختلع بها والمصالح عليها من دم العمد وذلك لانها مضمونة
بانفسها الا ترى انها اذا هلكت وجب مثلها ان كان لها مثل او قيمتها ان لم يكن لها مثل واما اذا تزوجها
على دراهم بعينها واعطي بها رهنا لم يجز في قول اصحابنا وقال زفر يجوز قال القدوري وهذا
فرع على اختلافهم في تعيين الدراهم فان عندنا انها لا تتعين وانما يجب مثلها في الذمة

فقد أخذ رهنا بما ليس بمضمون وعند زفر انه يضمن كالثياب ويجوز على هذا اي يكون قوله بدين مضمون احترازا عن الدراهم المتزوج عليها بعينها فافهم وقال القدوري في شرحه قال ابو يوسف في العمد اذا صالح الولي على عبد او ثوب بعينه ورهن بذلك رهنا مقبوضا جاز وهذا على ما قدمنا ان البدل مضمون بنفسه فان كان القتل خطأ فصالحه من ذلك على عبد او ثوب او شي مما يكال او يوزن بعينه ثم رهنه بذلك رهنا مقبوضا لم يجز لان البدل هاهنا غير مضمون بنفسه الا ترى انه مملوك بسبب يلحقه الفسخ فاذا هلك انفسخ الصلح فصار كالمبيع وقال الفقيه ابو الليث في كتاب العيون ذكر ابو الحسن الكرخي في كتابه وقال الاعيان اذا كانت امانة او مضمونة بغيرها لا يجوز الرهن بها وان كانت مضمونة بنفسها جاز مثل اعيان المغصوبة والمتزوج عليها ونحو ذلك فان هلك الرهن في يده فانه يضمن الاقل من قيمة الرهن ومن قيمة العين ويأخذ العين وان هلكت العين قبل هلاك الرهن فان الرهن يكون رهنا بالقيمة واما المضمون بغيره مثل المبيع لو اخذ المشتري به رهنا فهلك هلك بغير شي لان المبيع لو هلك لا يضمن شيئا قال الفقيه ابو الليث به رهنا فهلك الرهن فانه يضمن الاقل من قيمته ومن قيمة السيف وقال في شرح الطحاوي ولا يجوز اخذ الرهن بما يصير مضمونا في الذمة في ثاني الحال نحو ان يأخذ من البايع رهنا بالدرك فالرهن باطل او يأخذ رهنا بما يثبت له عليه في المستقبل فالرهن باطل ثبت بعده او لم يثبت وليس له ان يحبس الرهن به فاذا هلك في يده قبل الحبس هلك امانة وبعد الحبس هلك مضمونا عليه كالغصب وليس الرهن كالكفالة انها تجوز بما يصير مضمونا عليه في ثاني الحال كما اذا كفل بما داب له على فلان لان الكفالة تجوز تعليقها بالخطر لان للناس به تعاملا والرهن بخلافه ولان الرهن ايفا في الارتهان استيفا فحصل فيه معنى المبادلة كالبيع ولو اخذ الرهن بشرط ان يقرضه كذا فهلك في يده قبل ان يقرضه هلك بالاقل من قيمته ومما سمى له من القرض لانه قبضه بسوم الرهن فالمقبوض بسوم الرهن مضمون كالمقبوض بسوم البيع اذا هلك في المساوم ضمن قيمته وان قبضه باذن صاحبه كذا في شرح الطحاوي **قوله** ويدخل على هذا اللفظ الرهن بالاعيان المضمونة بانفسها فانه يصح الرهن بها ولا دين اي يرد الاشكال على قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون لان الرهن كما يصح بالدين يصح بالعين المضمونة بنفسها كالغصب ثم اعتذر عن هذا الاعتراض بان الواجب الاصلي في الغصب القيمة على ما عليه اكثر المشايخ فاذا كان كذلك اندفع الاعتراض لان الدين شمل الغصب ايضا قال غاية ما في الباب القيمة ليست بواجبة في الحال وانما تجب القيمة بعد الهلاك ولكن الموجب للقيمة بعد الهلاك ولكن الموجب هو القبض السابق بدليل ان قيمة الغصب تعتبر يوم القبض فكان الرهن بالغصب رهنا بالقيمة بعد وجود سبب وجوب القيمة فصح الا ترى ان الكفالة بالمغصوبة تصح وان كانت الكفالة بالعين لا تصح والحوالة المقيدة بالعين تبطل بهلاك

العين

العين كما اذا كانت الحوالة بالف وديعة ولو كانت الحوالة بالالف المغصوبة لا تبطل بالهلاك فعلم ان الموجب الاصلي هو القيمة هذا هو الحاصل من معنى كلامه قلت لا يرد على القدوري الاعتراض لانه لا ينفي صحة الرهن بالاعيان المضمونة بنفسها بل صرح بصحتها في شرحه لمختصر الكرخي وانما اقتصر هنا على الدين لان الغالب في الرهن ان يكون بالدين واكتفى به هنا اعتمادا على ما ذكره في موضع اخر وليس يذهب القدوري في الموجب الاصلي الى ما يذهب هولاء المشايخ حتى يصح كلامه بكلامهم الا ترى انه قال في كتاب الغصب من مختصره وعلى الغاصب رد العين وقولهم بان الموجب الاصلي القيمة في غاية الركاكة مر بيانها في اوايل كتاب الغصب ولا نسلم ان الكفالة بالعين لا تصح مطلقا وانما لا تصح بالعين المضمونة بغيرها وتصح بالاعيان المضمونة بنفسها كالمهر في يد الزوج وبدل الخلع في يد المراة وبدل الصلح في القصاص والمغصوب والمقبوض على سوم الشرا او بيع فاسد نص على ذلك الكرخي في مختصره في باب ضمان الاعيان من كتاب الكفالة وانما لم تبطل الحوالة المقيدة بهلاك الالف المضمونة لانه يجب عليه مثلها وتبطل بهلاك الالف الوديعة لان الحوالة قيدت بها ولم يجب بهلاكها شي اخر وبيان الحوالة المقيدة والمطلقة مر في اواخر كتاب الحوالة **قوله** قال وهو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فاذا هلك في يد المرتهن وقيمته والدين سواء صار المرتهن مستوفيا لدينه وان كانت قيمة الرهن اكثر فالفضل امانة اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كانت اقل سقط من الدين بقدره ورجع المرتهن بالفضل وفي بعض النسخ مضمون بأقل بتنكير الاقل فاعلم اولا ان افعل التفضيل اذا استعمل بمن لزمه التنكير واذا فارقه من لزمه التعريف تقول زيد الافضل او زيد افضل من عمرو ولا يجوز زيد افضل ولا زيد الافضل من عمرو فكان ينبغي ان يقال على هذا قياس هنا بتنكير الاقل لانه استعمل بمن ولكن على ذلك التقدير يفسد المعنى لانه يكون قوله مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين على وزان قولك زيد افضل من عمرو ومن بكر فيكون عمرو وبكر مشتركين في الفضل يجيء ولكن لزيد رجحان في الفضل على غيرهما لا محالة فكذا فيما نحن فيه يكون القيمة والدين مشتركين في القلة مع اقل واقل غيرهما وليس كذلك بل المراد ان الرهن مضمون بالاقل الذي هو من هذين المذكورين ايهما كان اقل من الاخر فيكون الاقل احدهما وليس من التي تستعمل لمتفضيل بل هي لتبيين الاقل وهو بالتعريف فكانه قال مضمون باقلهما من الاخر فحصل من هذا ان يقال بالاقل معرفا فافهم وهذا الذي ذكره القدوري هو الكلام في كيفية الضمان عندنا هو مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين فان كان قيمة الرهن الفين والدين الف بجميع الرهن محبوس بالدين فنصفه مضمون ونصفه امانة وان كان الدين الفا والرهن خمسمائة فجميعه رهن بخمسمائة وهو مضمون بنفسه فان هلك سقط بقدر قيمته وهذا قول عمر بن الخطاب وعند بعض الناس هو مضمون بجميع الدين وان قلت قيمته وهكذا روي عن شريح

انه قال الرهن بما فيه ولو كان خاتما من حديد بمائة درهم كانه جعل الرهن بالدين بمنزلة
البيع قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا قول لا يؤخذ به لانه
وثيقة بالدين وهو هنا في معنى الوثيقة وعند زفر يكون مضمونا عليه بجميع قيمته قل الدين
او كثر حتى اذا هلك الرهن وقيمته يوم رهن اكثر من الدين رجع الراهن على المرتهن بالفضل
لما روي عن علي انه قال يترادان الفضل ولان الزيادة على قدر الدين مرهونة لكونها
محبوسة بالدين فتكون مضمونة كقدر الدين ولنا ما رواه الطحاوي في شرح الآثار باسناده
الى عبيد بن عمير ان عمر بن الخطاب قال في الراهن يرهن الرهن فيضيع قال ان كان باقل ردوا
عليه وان كان بافضل فهو امين في الفضل وقال محمد في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن
ابرهيم قال اذا كان الرهن يسوي اكثر مما فيه فهو في الفضل مؤتمن فاذا كان الرهن اقل مما رهن
فيه ذهب من حقه بقدر الرهن وكان ما بقي على صاحب الرهن وقال الكرخي في مختصره حدثنا
الحضرمي قال حدثنا وكيع عن علي بن صالح عن عبد الاعلى عن محمد بن الحنفية عن علي بن ابي طالب
رضي الله عنه قال اذا كان الرهن باكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه لانه امين في الفضل
واذا كان باقل مما رهن به رد الراهن الفضل وقال الكرخي ايضا حدثنا الحضرمي قال حدثنا
كامل ابن طلحة قال حدثنا حماد بن سلمة عن قتادة عن خلاس بن عمرو ان عليا رضي الله عنه
قال اذا كان في الرهن فضل فاصابته جائحة فهو بما فيه فان لم تصبه جائحة فانما يترادان
الفضل وقال الكرخي ايضا حدثنا الحضرمي قال حدثنا كامل قال حدثنا حماد عن حجاج عن
عطاء والحكم عن علي بن ابي طالب قال يترادان الزيادة والنقصان قال ابو الحسن الكرخي
ما روي عن علي في هذا الباب يشهد بعضه لبعض ويدل على صحة ما رواه محمد بن الحنفية
لانه روي عن علي انه كان الرهن باكثر مما رهن به فهلك فهو بما فيه لانه امين في الفضل
واذا كان باقل مما رهن به ادى الراهن الفضل وهذا قول اصحابنا بعينه واذا اصابته
جائحة وفيه فضل فهو بما فيه لان الفضل امانة يرد المرتهن فضل الرهن ويرد الراهن
فضل الدين ان بيع باقل فهي عندي متفقة على ما تأولناه الى هنا لفظ الكرخي في مختصره
ولان المضمونية باعتبار يد الاستيفاء فتتقدر بقدر ما يقع به الاستيفاء وحقيقة الاستيفاء لا تزيد
على قدر الدين في الضمان فكذا في المضمون بجهة الاستيفاء فلما كان الضمان بقدر المستوفي تقدر
المضمونية بالاقل من قيمة العين ومن الدين لانه هو القدر المستوفي وانما جعلت الزيادة
مرهونة ضرورة ان رهن الاصل لا يتأتى بدونها لان رهن المشاع لا يجوز والثابت بالضرورة
يتقدر بقدر الضرورة ولا يثبت الضمان في الزيادة لعدم الضرورة في جعلها مضمونة
قال وللمرتهن ان يطالب الراهن بدينه ويحبسه به اي قال القدوري في مختصره قال
الكرخي في مختصره وللمرتهن مطالبة الراهن بدينه اذا كان حالا ولا يمنعه الارتهان من

ذلك

ذلك ولا كون الرهن في يديه وكذلك ان كان آجلا فحل وان خاصمه الى الحاكم اوجب عليه
دفع الدين فان امتنع حبسه به ولم يمنعه من ذلك كون الرهن في يد المرتهن الى هنا لفظ الكرخي
وذلك لانه دين واجب فجاز المطالبة به ولانه يأخذ الرهن ليتوثق من حقه ويتمكن من
استيفائه فلم يجز ان يكون ذلك مانعا من المطالبة واذا خاصمه الى الحاكم وامتنع من اداء الدين
حبسه به لان الرهن انما يؤخذ للتوثق فلا يسقط الحق الثابت لصاحب الدين قبله وقال
الكرخي ايضا ويبيع الحاكم الرهن في دين المرتهن على قول ابي يوسف ومحمد ولا يبيعه في قول
ابي حنيفة ولكن الحاكم يحبس الراهن حتى يؤدي الدين او يبيع هو الرهن فيؤدي دينه الى هنا
لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه وهذا فرع على اختلافهم في الحجر بالفلس فعند ابي حنيفة
ان الحاكم لا يبيع مال المفلس ولكن يحبسه حتى يبيعه وعلى قولهما اذا امتنع من البيع باع عليه
قوله كما بيناه على التفصيل فيما تقدم اي في فصل الحبس من كتاب ادب القاضي وتفصيله انه
لا يعجل حبسه اذا ثبت الدين بالاقرار بل يحبسه اذا ظهر تعنته بان اعيد الى مجلسه ثانيا بخلاف
ما اذا ثبت بالبينة حيث يعجل حبسه لان البينة يحتاج اليها عند الجحود فيكون ظالما وجزاء
الظلم الحبس وعلى قول الخصاف في البينة ايضا لا يحبسه في اول الوهلة ثم اذا امتنع انما يحبسه في
كل دين لزمه بدلا عن مال حصل في يده كثمن المبيع او التزمه بعقد كالمهر والكفالة لا يحبسه
فيما سوى ذلك نحو بدل الغصب وارش الجناية ونفقة الزوجات اذا قال اني فقير الا ان يثبت
غريمه ان له مالا وقد مر بيانه في ادب القاضي **قوله** واذا طلب المرتهن دينه يؤمر باحضار
الدين وهذه المسئلة مع ما بعدها من المسائل من مسائل الزيادات الى قوله قال وان كان
الرهن في يده ذكرها تفريعا على مسئلة مختصر القدوري قال فخر الاسلام في شرح الزيادات
رجل رهن رجلا جارية بالف درهم ثم ان المرتهن يطلب دينه امر باحضار الرهن
ليقضي دينه لان الدين بمنزلة العوض عن الرهن بوصفه الا ترى انه صار مضمونا به وصار الرهن
كانه مقبوض بالدين فيتخيل ان يقبض ماله مع قيام ما هو بمعنى الاستيفاء فيؤدي الى التكرار
مع احتمال هلاك الرهن فاذا احضر قيل للراهن سلم الدين اولا ليتعين حق المرتهن كما تعين
حقك وذلك كما في البيع وهذا فصل من مسائل الزيادات **قوله** وان طالبه بالدين
في غير البلد الذي وقع العقد فيه ان كان الرهن مما لا حمل له ولا مؤنة فكذا الجواب اي يؤمر
المرتهن باحضار الرهن اولا والمرتهن لقيه في غير مصر فطالبه المرتهن بقضاء دينه فابي
الا باحضار الرهن فان كان الرهن شيئا له حمل ومؤنة اجبر الراهن على القضاء ولم يجبر المرتهن
على الاحضار لان الرهن امانة في يد المرتهن عينه فلا يكون عليه الرد انما عليه التسليم والنقل
الى بلد آخر ليس من التسليم في شيء هنا وهذا لانقطاعه بحكم العقد فلا يصير متعديا في تأخير الدين
كما لو كان في يدي عدل ولكن يحلف المرتهن بالله ما هلك الرهن ان طلبه الراهن لانه غائب

فيحتمل الهلاك فلا يبطل ايفا الدين فاذا حلف اقتضى دينه وان كان شيئا ليس لحمله مؤنة فان
القياس ان يجبر الراهن على قضا الدين من غير تسليم الرهن وفي الاستحسان لا يجبر على قضا الدين
حتى يحضر الراهن وجه القياس ما ذكرناه ليس عليه التسليم الا في مكان العقد ووجه الاستحسان
ان الامكنة في حق ما لا مؤنة له سوا الا ترى انه لا يشترط بيان مكانه لصحة السلم عند ابي حنيفة
ولا يتعين مكان العقد لتسليمه عنده فصارت الامكنة كالمصر الذي فيه الرهن بخلاف الاول
قوله ولو سلط الراهن العدل على بيع المرهون فباعه بنقد او نسيئة جاز لاطلاق الامر
فلو طلب المرتهن بالدين لا يكلف المرتهن احضار الرهن لانه لا قدرة له على الاحضار وكذا
اذا امر المرتهن ببيعه فباعه ولم يقبض الثمن اي لا يكلف احضار الرهن وهذا فصل آخر في الزيادات
قال في الزيادات رجل رهن رجلا جارية بالف وجعل المرتهن مسلطا على بيعها اذا حضر اجل كذا
فحل الاجل كان للمرتهن ان يبيعها بالنقد والنسيئة لان التوكيل مطلق ويملك بالتوكيل المطلق
بالاجل المتعارف بلا خلاف بين اصحابنا فان نهاه عن البيع بالنسيئة لم يصح النهي وملك البيع بالنسيئة
بخلاف سائر الوكالات لان هذه الوكالة لازمة تبعا للرهن على ما عرف فاذا لزم اصلا لزم وصفا
وسائر الوكالات لم يلزم اصلا فلم يلزم وصفا يعني به ان الموكل ثمة يملك العزل وههنا لا يملك
فاذا صح البيع نسيئة ثم جا المرتهن يطلب دينه فامتنع الراهن حتى يحضر الرهن اجبر الراهن
على قضائه لان الرهن انما صار ثمنا دينا بتسليط الراهن وامره واحد عوضي البيع اذا تأخر
بدليل يخصه لم يوجب تأخر الآخر مع انه محض معاوضة الا ترى ان الثمن اذا كان مؤجلا اجله
البائع ملك المشتري قبض المبيع والسلم لما تأجل لم يتأخر قبض راس فهنا باب الرهن اولى
وكذلك اذا كان الثمن حالا غير مؤجل لان الرهن لما صار دينا بايجاب الراهن فكأنه كذلك
رهنه وليس تسليم الدين في ولاية المرتهن فلم يتوقف عليه تسليم الدين الا ترى انا لو لم نوجد
اصلا بالمناقضة لم يجعل الدين فهنا اولى فان قيل فان قال الراهن كيف يلزمني تسليم الدين
ولا امن ملكي ان يتوى فيكون ذلك على المرتهن قيل له نعم لكنه سقط عند التسليم لما صار دينا
باختيارك فصار كما لو هلك رهنه وهناك لم تسلمه اليه لكن عزلته فلم يجب عليه التسليم وانما يجاوز
بالمنع اذا امتنع عن تسليم واجب عليه وكان على المرتهن ان يقبض الثمن فيسلمه الى المرتهن لانه
ولي عقده فان توي على المشتري فان المرتهن يرد على الراهن ما اقتضاه من الدين لان
التوي لما حصل عليه تحول الاستيفا **قوله** وكذا يكلف احضار الرهن لاستيفا كل الدين
يكلف لاستيفا نجم قد حل وهذا فصل آخر في الزيادات قال فخر الاسلام في شرح الزيادات
رجل له على رجل الف درهم نجوما يؤدي اليه كل شهر كذا فرهنه بذلك رهنا فلما حل على احضار
الرهن لان تسليم الرهن لا يلزمه عند قبض بعض الدين لان الرهن محبوس بكل جزء من الدين
لكنه ان ادعى الهلاك حلفه فاما اذا كان في مصر غير الذي فيه الرهن لم يجبر المرتهن على احضاره

في

في القياس لما قلنا في الاستحسان يجبر لان المصر كله كمكان واحد فصار كان الرهن في بيت صغير
احضاره فراغ قلب الراهن وصيانة القضا وسقوط اليمين عن المرتهن فلذلك كلف احضاره
وان شا القاضي حلفه ولم يكلف احضاره ولم يفصل ههنا بين ما له مؤنة وبين ما لا مؤنة له ويحتمل
ان يتفرقا في الاستحسان على ما قلنا والاشبه ان لا يتفرقا في هذا الفصل فلا يجبر على احضاره في غير
المصر لانه ليس ان تسليم الرهن **قوله** وهذا بخلاف ما اذا قتل رجل العبد الرهن خطا حتى قضي
بالقيمة على عاقلته في ثلاث سنين لم يجبر الراهن على قضا الدين حتى يحضر كل القيمة وهذا فصل آخر
في الزيادات قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات اذا كان الرهن عبدا قتله رجل
خطا فغرم العاقلة قيمته في ثلاث سنين فاراد المرتهن استيفا دينه وابى ذلك الراهن لم
يجبر الراهن على القضا بخلاف البيع بامره لان ههنا انما تأخر الحق وصار دينا لا باختيار
الراهن واجابه فصار عذرا في حقه بخلاف البيع ولا يجبر الراهن على قضا الدين حتى يسلم له كل
القيمة لان القيمة خلف العين ولا بد من احضار كل الرهن اذا كان قائما واذا كان متفرقا
فكذلك هذا فان كانت القيمة دراهم او دنانير من جنس الذي له كل حل شي اقتضاه المرتهن
حقه وان كان القاضي قضى بالقيمة ابلا او بقرا او غنما حبسه اذا قبضه حتى يقبض كله ثم يسلمه ويقبض
حقه قال وقد ذكرنا ان للقاضي ان يقضي بالحيوان في قيمة العبد **قوله** وما صارت قيمة
بفعله اي تصير قيمة العبد المقتول خطا قيمة بفعل الفاعل واختياره بل بفعله الاجنبي وفيما
تقدم اي في بيع العدل او المرتهن صارت قيمة اختياره **قوله** ولو وضع الرهن
على يد العدل فامر ان يودعه غيره ففعل ثم جا المرتهن يطلب دينه لا يكلف احضاره
الرهن وهذا فصل آخر ذكره في الزيادات قال فخر الاسلام في شرح الزيادات رجل
رهن رجلا جارية بالف درهم ووضعها على يدي عدل ثم حضر المرتهن يطلب دينه
وقد غاب العدل واودع الرهن عند زوجته او ابنه الذي في عياله فقال الراهن
لا اقضيك حتى تحضر الرهن والمودع يقول انه اودعني فلان ولا ادري لمن هو فان
الراهن يجبر على تسليم الدين لان المرتهن ليس عليه احضار الرهن اذا لم يقبض شيئا
واذا لم يكن عليه التسليم بحكم العقد لم يجز ان يتراخى قبض الدين بسببه ودليل انه ليس
عليه تسليم الرهن ان التعديل انما شرع صيانة للرهن عن المرتهن والراهن جميعا وكذلك
ان كان العدل غاب بالرهن مع نفسه ولا يدري اين احرز الراهن على قضا الدين لما
قلنا فان ادعى الراهن ان الرهن قد هلك استحلف المرتهن بالله على علمه انه لم يهلك
لانه ادعى امرا محتملا فوجب تحليفه فان حلف قبض الدين فان نكل لم يقبض فان جحد
الذي اودعه العدل الرهن وقال هو مالي لم يرجع المرتهن على الراهن بشي حتى يثبت
الرهن لانه لما جحد فقد توى والتوى على المرتهن فيثبت به قبض الدين فلا يملك المطالبة

والفصل السابع ذكره في الزيادات ولم يورده صاحب الهداية قال رجل اشترى من رجل
شيئا من الاشياء ولم يقبضه ولم يدفع الثمن حتى لقيه البائع في غير مصر الذي فيه المبيع
وطالبه بالثمن فابى المشتري ان لا يدفع المبيع فانه لا يجبر المشتري على تسليم الثمن حتى يحضر
البائع المبيع فيما له مؤنة وفيما لا مؤنة له بخلاف الرهن والفرق بينهما ان المبيع والثمن
عوضان من كل وجه فاذا تراخى قبض احدهما من غير فعل العاقد وجب تاخير الاخر تحقيقا
للموافقة كما اذا هلك المبيع قبل التسليم وليس بين الرهن والدين معاوضة فاذا تاخر
قبض احدهما من غير اضافة الى الرهن لم يتاخر قبض الدين ويستوثق من المشتري بكفيل
حتى يحضر ذلك المصر ويبعث وكيلا ليقبض الثمن ويقبض المبيع لانه ربما يغيب فيبطل
حق البائع **قوله** لما قلنا اشارة الى قوله لانه لم يقبض شيئا اي شيئا من الرهن **قوله**
قال وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتى يقضيه الدين اي قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه فاذا قضاه الدين قيل له سلم الرهن اليه وذلك لان
الرهن وثيقة للمرتهن وفي تسليمه ابطال الوثيقة فلا يلزمه ذلك حتى يستوفي حقه
ولان حكم الرهن الحبس الدائم الى زمان قضاء الدين فلا يجوز ابطاله قبل قضاء الدين
فاذا قضاه الدين جميعه يقال للمرتهن سلم الرهن الى الراهن لانه زال الحق الا ساله بقضاء
الدين فلزمه التسليم الى المالك قال الكرخي في مختصره وليس للراهن ان يقبض شيئا من ذلك
حتى يؤدي جميع الدين فان ادى بعضا واراد ان يقبض بعض الرهن مكان ما ادى لم يكن له
ذلك اذا كان رهنا واحدا بجميع المال فان رهن اعيانا في عقد واحد فسمى لكل عين شيئا
من الدين يجعله رهنا به فكذلك الجواب فان ادى ما سمى لاحد الاعيان ثم اراد قبض
تلك العين ففيه اختلاف نفسيره في موضعه الى هنا لفظ الكرخي اراد به اختلاف روايتي
الاصل والزيادات قال في الزيادات رجل رهن عبدين بالف درهم قيمة
كل واحد منهما الف درهم وسلمهما ثم ادى من الدين حصة احدهما لم يكن له ان يقبض واحدا
منهما لان الصفقة واحدة ومن حكم اتحاد الصفقة ان يكون كل الرهن محبوسا بكل
جزء من الدين الا ترى ان في البيع اذا قضى بعض الثمن لم يقبض شيئا من المبيع فكذا
هنا لان في ذلك تفريق الصفقة على المرتهن في الحبس فاما اذا سمى لكل عبد حصة من الدين
ثم ادى حصته واراد ان يقبض احدهما وقال اديت حصة هذا فله ذلك وقال في كتاب
الرهن من الاصل فيمن رهن مائة شاة بعشرة ثم نقد من الدين عشرة فاراد ان يقبض منها
شاة لم يكن له ذلك قال القدوري في شرحه مختصر الكرخي قال الحاكم ما ذكر في الاصل
قول ابي يوسف وما في الزيادات قول محمد ثم قال القدوري وكان ابو بكر ينكر ما قاله
الحاكم ويقول ابن سماعة روى عن محمد مثل ما في الاصل فالمسئلة على روايتين عن محمد

وجه

وجه رواية الاصل ان هذا عقد واحد وليس بعقدين لاتحاد الايجاب والقبول والتفصيل
في الدين لا تجعله في معنى عقدين لاتحاد العاقدين الا ترى انه لا يجعل البيع المضاف
الى مختلفين بيعتين عند تفصيل الثمن حتى لو اراد المشتري ان يقبل العقد في احدهما دون
الاخر لم يصح وكذلك لا يكون تسليم من قبض احدهما دون الاخر وان فصل في الثمن فكذا
وجب ان لا يكون تسليم فيما نحن فيه ايضا اذ الدين في الرهن بمنزلة الثمن في البيع لتعلق
الرهن به ووجه رواية الزيادات في الفرق بين البيع والرهن ان الرهن يحتمل التفريق
في الانتهاء عند افتراق التسمية وذلك من قال لاخر رهنتك هذين العبدين بالف كل
واحد منهما بخمسمائة فقبل المرتهن احدهما دون الاخر صح بما سمي له من الحصة فلذلك في
الانتهاء يحتمل التفريق وما في البيع فان المشتري لو قبل احدهما لم يملك ولم يصح التفريق
فكذلك في الانتهاء وانما افترقا في هذا لان ضم الجيد الى الرديء مقصود في البيع للترويج
فقبول احدهما يوجب ضررا بالبائع وليس ذلك بمقصود ولا متعارف في الرهن ولان
الايجاب في الذي لم يوجد فيه القبول يصير كالشرط الفاسد في الاخر والبيع مما يفسد
بالشروط الفاسدة لان ذلك بمعنى الربوا والرهن تبرع لا يدخله الربا ولهذا صح قبول
العقد في الرهن في احد المختلفين عند ايجاب الراهن فيهما قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي والصحيح ما ذكر في الاصل لان غرضه من هذا التفصيل المقابلة في حق الضمان
ولكن على وجه نفع الوثيقة بالجملة فلو جعلناه بسبيل من استرداد البعض عند قضاء
بعض المال لبطل معنى الوثيقة وهو القهر الحاصل بحبس الكل **قوله** فلو هلك
قبل التسليم استرد الراهن ما قضاه اي لو هلك الرهن قبل تسليم المرتهن الرهن
الى الراهن بعد قضاء الدين استرد الراهن ما ادى الى المرتهن **قوله** وكذلك لو
تفاسخا الرهن له حبسه ما لم يقبض الدين او يبرئه اي ما لم يبرئ المرتهن الراهن عن
الدين كذا ذكر تمرتاشي قال في شرح الطحاوي ولو تفاسخا الرهن ثم اراد المرتهن حبسه
بعد التفاسخ له ذلك ولا يبطل الرهن الا بالرد على الراهن على سبيل الفسخ وقال في
شرح الكافي واذا تفاسخ الراهن والمرتهن ونقضاه وهو في يد المرتهن فهو رهن
على حاله حتى يقبضه الراهن لان ضمان هذا العقد بالقبض فيكون انتقاضه بنقض
القبض فكان بيد المرتهن ان يمسكه فله ذلك لان الرهن لم ينتقض بعد وليس للراهن
ان ياخذه ولو بدا للراهن ان يتركه كان للمرتهن ان يرده لانتقاض المتاركة
ولكن لان عقد الرهن ليس بلازم في حقه ذكره في باب رهن الرجلين وعلل صاحب الهداية
بقوله لانه يبقى مضمونا ما بقي مضمونا القبض والدين قال بعضهم في شرحه اي بقي
القبض والدين معا حتى لو بقي احدهما وانتفى الاخر لا يبقى مضمونا لان كون الرهن

مضمونا ثبت بعلة ذات وصفين وهما القبض والدين فلا يبقى مضمونا باحدهما وفيه
نظر لانه اذا هلك في يد المرتهن بعد قضا الدين هلك مضمونا بالدين حتى يسترد
الراهن منه ما قضاه مع ان الدين كان منتفيا بالاستيفا سابقا على الهلاك وقد صرح
بذلك صاحب الهداية نفسه قبل ثلاثة خطوط فلو كان الضمان منتفيا بانتفا احد
الامرين لم يكن مضمونا بالهلاك ولهذا لو رهن عينا بدين عند انسان ثم تصادقا ان لا دين
عليه ثم هلك العين هلك مضمونا فعلم ان تعليل صاحب الهداية يطرد ولا ينعكس والاولى
في التعليل ما قدمناه من شرح الكافي **قوله** ولو هلك الرهن في يده يسقط الدين اذا
كان به وفا بالدين يعني اذا هلك الرهن في يد المرتهن بعد التفاسخ **قوله** وليس
للمرتهن ان ينتفع بالرهن لا باستخدام ولا سكنى ولا لبس الا ان ياذن له المالك ذكره
تفريعا على مسألة المختصر يعني لا ينتفع بالرهن اذا كان عبدا او امة باستخدام ولا بالسكنى
اذا كان دارا او نحوها ولا باللبس اذا كان ثوبا الا باذن مالك الرهن فحينئذ كان له
ذلك وكذلك لا يركب الرهن الا باذن المالك لان المالك رضي بحبسه لا بانتفاعه فاذا
استعمله بوجه من هذه الوجوه كان غاصبا وضمن قيمته بالغة ما بلغت واذا كان
باذن الراهن فلا ضمان عليه لان الحق لحقه وقد رضي به ثم كما لا يجوز استخدام الجارية
المرهونة من المرتهن فكذلك لا يجوز وطيها ومع هذا لو وطيها لا يجب عليه الحد على
رواية كتاب الرهن ويجب مهرها لمولاها لانها محبوسة للاستيفا فاشبه الجارية المبيعة
في يد البايع فعلى هذه الرواية جعلت الشبهة شبهة المحل وعلى رواية كتاب الحدود
يجب الحد اذا قال علمت انها علي حرام لانه لا ملك له فيها ولا حكم ملك وانما له حق
الاستيفا الا اذا ادعى الشبهة فعلى هذه الرواية جعلت الشبهة شبهة الفعل
وقد مر ذلك في كتاب الحدود وقال الكرخي في مختصره وليس للمرتهن ان يبيع الرهن
في دينه اذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه وذلك لان بيع الغير لا يجوز الا بوكالة
او ولاية ولم يوجد واحد منهما ولان المرتهن ثبت حقه بعقد الرهن وكان له ان يتصرف
بما اقتضاه العقد من الامساك الا ان يجعل له الراهن ما زاد على ذلك وليس له ان يواجر
ويعير وذلك لان المرتهن لا يملك الانتفاع بنفسه فلا يجوز ان يملكه لغيره قال فان فعل
شيا من ذلك فسخ ورد الى يد المرتهن رهنا لانه عقد فاسد فاذا لم يجزه المالك فسخ
ولا يبطل الرهن بهذا التصرف لانه تعدي من المرتهن فاذا فسخ زال فعاد الرهن كما له
كالمودع اذا تعدى في الوديعة ثم ازال التعدي وكذلك قال اصحابنا لا يجوز للراهن
استيفا منافع الرهن الا باذن المرتهن وكذلك التصرف فيه وقال في شرح الاقطع وقال
الشافعي رحمه الله للراهن استيفا منافع الرهن الا ان يسكن الدار ويوجرها ويركب

الدابة ويعيرها ويزرع الارض ويحلب اللبن ويجز الصوف ولا يطا الجارية ولا يلبس
الثوب لنا ان اطلاق الانتفاع للراهن يوجب الاخلال فيما اثبت من الحق للمرتهن لان الثابت
له بقضية الرهن ملك اليد وهو اختصاصه به حبسا الى ان يقضي دينه وهذا مما ينعدم
باطلاق الانتفاع في حق الراهن فوجب الحجر عنه تحقيقا لاختصاص المرتهن به حبسا الى ان
يقضي دينه وملك اليد الى ان يقضي دينه لقوله تعالى فرهن مقبوضة فدل ذلك على
استدامة الحبس لانه ما دام القبض باقيا بقي الحبس واذا زال الحبس ثم اذا جاز ركوب
الراهن او سكناه يزول القبض لا محالة وهو خلاف النص لانها منفعة للرهن فمنع الراهن
من استيفايها كمنفعة البضع ومنافع الثوب فان قيل الوطي يفضي الى العلوق فيبطل به
حق المرتهن والثوب يبلى باللبس فيؤدي الى نقصان حق المرتهن قيل له استعمال العبد
ربما يؤدي الى تلفه من العمل ورد المسكن الى يد الراهن يؤدي الى اسقاط حق المرتهن
لانه يجحد الدين واذا كان الرهن في يده لا يجحد لانه لا فايدة في جحده فالرهن مثل
الدين او اكثر ولا يلزم على هذا اعارته المرتهن منه لانه يؤدي الى اسقاط حقه ولكنه قد
رضي به فان قيل روي عن ابي هريرة عن النبي صلى الله عليه وسلم قال الظهر يركب بنفقته
اذا كان مرهونا قلنا هذا محتمل يبين فيه من الذي يركب ويشرب فلا يصح الاحتجاج
بالمحتمل ولين سلمنا ان المرهن هو المراد فنقول لا يصح الاحتجاج به ايضا لانه يلزم
حينيذ معارضة خبر الواحد بكتاب الله تعالى فلا يجوز ذلك لعدم شرطها وهو المساواة
بيانه ان قوله تعالى فرهن مقبوضة يقتضي استدامة الحبس فلو جاز ركوب الراهن
ينفي ذلك فتثبت المعارضة **قوله** قال وللمرتهن ان يحفظ الرهن بنفسه وزوجته
وولده وخادمه الذي في عياله اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان
حفظه بغير من في عياله او اودعه ضمن وقال الكرخي في مختصره وهو بمنزلة الوديعة
في يده فما لا يجوز له في الوديعة من التصرف فانه لا يجوز له في الرهن وما جاز في
الوديعة جاز في الرهن له ان يدفع الرهن الى زوجته وخادمه ومن هو في عياله من
ولده واجرايه الذين يتصرفون في ماله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان
المرتهن والعدل انما يمسكان الرهن بامر الراهن وهو انما اذن في الامساك للتوثق
ولم ياذن في الاستعمال ولا في الاجارة فلم يجز لهما ياذن فيه كما لا يجوز للمودع فاما الحفظ
بمن في عياله فانه مامور بالحفظ وهو يحفظ بهولاء لانهم اذا كانوا في عياله صار
الذي في ايديهم وان لم يسلمه اليهم اذا خرج من منزله واذا كان كذلك لم يكن مفرطا بحفظهم
وان حفظ بغير من في عياله او اودعه ضمن وذلك لان الايدي تختلف في الحفظ والامانة
والمالك لم ياذن له في ذلك فيضمن والمراد من في عياله ان يساكنه سواء كان

في نفقته اولا فلو ان امرأة اودعت وديعة فدفعت الى زوجها لا يضمن وان لم يكن الزوج
في عيالها لان العبرة في هذا الباب للمساكنة دون النفقة الا ترى ان الابن اذا كان معها
ساكن وليس في عيالها فخرجا من المنزل وتركا المنزل على الابن لا يضمنان والمراد من
الاجير اجير المشاهرة والمسانهة دون المياومة وتقدم ذلك في اوايل الوديعة **قوله**
بينا جميع ذلك بدلايله في الوديعة يعني ان في تضمين المودع الثاني خلافا فعند ابي حنيفة
لا ضمان عليه وعندهما عليه الضمان كالاول وعند ابي ليلى لا ضمان على واحد منهما وقد مرت
المسئلة مستوفي بيانها في الوديعة **قوله** واذا تعدى المرتهن في الرهن ضمنه ضمان
الغصب بجميع قيمته وهذا لفظ القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي فان ركب
المرتهن الدابة او كان الرهن عبدا فاستخدمه او ثوبا فلبسه او سيفا فتقلده بغير اذن
الراهن فهو له ضامن لان المرتهن ليس له حق الانتفاع فصار به غاصبا لان الراهن رضي
بحبسه لا بانتفاعه فصار به غاصبا حتى يضمن قيمته بالغة ما بلغت وان كان باذن
الراهن فلا ضمان عليه لان الحرمة لحقه وقد رضي به قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في
شرح الكافي وهذا اذا تقلد بالسيف على وجه الاستعمال اما اذا تقلده على سبيل الحفظ
لا يضمن لانه يعد به حافظا لا مستعملا ولهذا قالوا لو كان الرهن سيفين فتقلد بهما لا يضمن
لانه لا يقصد به الاستعمال عادة وقيل يضمن لانه قد يتقلد بالسيفين للاستعمال في الحرب
ولو كانت ثلاثة سيوف فتقلد بهن لا يضمن بالاجماع لانه لا يتقلد بهن للاستعمال عادة
قوله ولو رهنه خاتما فجعله في خنصره فهو ضامن ذكره بسبيل التفريع على مسئلة القدوري
قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وقال ابو عمرو حفص ابن صالح عن محمد في رجل ارتهن
من رجل خاتما فجعله في خنصره قال هو ضامن لان هذا لبس واليمنى واليسرى في ذلك سوا
ولو جعله في بقية الاصابع كان رهنا بما فيه وكذلك الطيلسان وجميع الاثاب الى هنا
لفظ الكرخي قال الشيخ القدوري في شرحه والاصل في هذا ان المرتهن ماذون في الحفظ
غير ماذون في الاستعمال ولبس الخاتم في الخنصر استعمال له وذلك موجب للضمان ولبسه
في غير الخنصر ليس بلبس الا ترى انه لا يقصد في العادة فهو حفظ فلم يضمن به وكذلك
الطيلسان ان لبسه كما يلبس الطيالسة ضمن لان هذا استعمال وليس بحفظ وان وضعه
على عاتقه على غير الوجه الذي يفعله الناس فليس بلبس وانما هو حفظ وقال الكرخي
في مختصره وقال سمعت محمدا يقول في رجل رهن عند رجل سيفين او ثلاثة فتقلدها قال
لا يضمن في الثلاثة لانه ليس بلابس وقال في السيفين يضمن لانه قد يلبس في الحرب سيفان
ثم قال انظر في الاثنين وسله الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري وذلك لان تقلد السيف
احد استعمال وليس بحفظ وكذلك تقلد السيفين لان الناس قد يتقلدون بالسيفين في

الحرب

الحرب فاما الثلاثة فلم تجر العادة بتقلدها فكان ذلك حفظا وقال الكرخي ايضا في مختصره
قال هشام وسمعت محمدا قال في الخاتم اذا تختم به في يمينه ضمن لان من الناس من يلبس
الخاتم في يمينه وقال محمد ان تختم به في الخنصر من اليسرى ولبسه فوق خاتم عليه قال لا يضمن
قلت له ولم وربما تختم الانسان بخاتمين وذكرت له بعض السلاطين ولبسه الخاتم فوق
الخاتم قال ذلك يلبسه للختم قال هشام في معنى قوله كانه لا يرى الضمان في ذلك الا على من
كان له سلطان الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه والمرجع في هذا الى العادة فان
كان اللابس ممن يتجمل بلبس خاتمين ضمن وان كان ممن لا يتجمل بذلك فهذا حفظ وليس بلبس
فلا يضمن وقال في كتاب الغصب من الفتاوى الصغرى ولو كان المرتهن امرأة فتختمت به في اي
اصبع كان ضمنت لان النسا تختمت بجميع اصابعهن ثم ينبغي لك ان تعرف ان المراد بعدم الضمان
فيما يعد حفظا لا استعمالا ان لا يضمن ضمان الغصب الا انه لا يضمن اصلا لانه مضمون بالدين
فتسقط الدين بهلاكه بما هو الاقل من قيمته ومن الدين كالخاتم اذا جعله في اصبع لا يتختم به
في العرف والعادة وكالثوب اذا التاه على عاتقه وبه صرح في شرح الطحاوي **قوله**
قال واجرة البيت الذي يحفظ فيه الرهن على المرتهن وكذلك اجرة الحافظ واجرة
الراعي ونفقة الرهن على الراهن اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
قال ابو حنيفة وابو يوسف ومحمد والحسن ولا اعلم زفر خالفنا ان الرهن اذا كان حيوانا فان
نفقته في ما كله ومشربه على الراهن وكذلك كسوة الرقيق وكذلك ان كانت امة فولدت
فاجرة الظير على الراهن حكاه الحسن ولم يحك خلافه وكذلك ان كان الرهن بستانا فيه شجر
ونخل وكرم وليس فيه ثمر وثمار يثمر فسقيه وتلقيح نخله وجداده والقيام بمصالحه على الراهن
سوا كان في الرهن فضل على الدين او لم يكن فان ذلك كله على الراهن دون المرتهن لانه ملكه
ما كان مضمونا وما لم يكن واما الحفظ في جميع ذلك فعلى المرتهن ما كان مضمونا منه وما لم يكن
لان له حبس ذلك كله وكذلك اذا احتاج الى استيجار من يحفظ فعلى المرتهن ان يستاجر
بحفظه وكذلك الماوى للبقر والغنم على المرتهن دون الراهن الى هنا لفظ الكرخي في مختصره
وذلك لما ذكر القدوري من الاصل في شرحه وهو ان كل مؤنة ونفقة كانت لمصلحة الرهن
وتبقيته فهو على الراهن وكان وكل ما كان لحفظه او لرده الى يد المرتهن او لرد جزء منه
فات بسبب حادث فهو على المرتهن وانما قلنا ان النفقة في الماكول والمشروب والكسوة على
الراهن لان العين على ملكه وكانت نفقته عليه كالوديعة وليس هذا كالعبد الموصى
بخدمته فان النفقة على الموصى له لا على الوارث لان الموصى له لحق بمنافع العين من مالكها
من غير منفعة سلمت لمالكه وكانت النفقة عليه وعلى هذا اجر الراعي لانه يحتاج اليه لعلف
الحيوان فهو كالطعام والشراب قال في التحفة ويستوي بين ان يكون الرهن مضمونا او يكون

امانة كزوايد الرهن وما فضل من الرهن من قيمة الدين لان كله ملكه فعليه كفايته
ومؤنته واما ما يحتاج اليه للحفظ كاجرة الحافظ فعلي المرتهن لان الامسا لامن حقوقه فوجب
ان يكون عوضه عليه وكذلك اجرة السكني الذي يحفظ فيه في الرواية المشهورة لان الحفظ
والامساك حق له فكان ما يلزم فيه من الغرام عليه وقال القدوري وروي ابن سماعة عن
ابي يوسف في الراهن والمرتهن اذا اختلفا في ماوي البقر والغنم والدواب الذي تاوي
اليه فان عند المرتهن سعة فهو في منزله وان كان ابي ذلك يكري لها ويكون الكرا علي الراهن
ووجه ذلك ان كل من لزمه نفقة الحيوان في ماله لزمه حفظ اجرة موضعه كالمودع ولنا
ما يلزمه لرد العين الي يد المرتهن فهو كجعل الآبق فان ذلك لازم للمرتهن اذا كانت قيمة
الرهن والدين سوا وان كانت قيمة الدين اكثر كان علي المرتهن بقدر المضمون وعلي الراهن
بقدر الامانة وذلك لان الجعل انما يجب باعادة يد المرتهن وذلك حق له فكان الجعل
عليه واما حصة الامانة فانه فيها كالمودع فيكون علي مالكه وليس هذا كاجرة المسكن
لان جميعها علي المرتهن وان كان في الرهن فضل لانها تلزمه لاجل الحبس الذي هو حق له
وحقه في حبس الامانة كحقه في حبس المضمون قال وذكر ابن سماعة عن ابي يوسف ان الجعل
في رقبة العبد اذا اداه الراهن حسب ما قضاه من دين المرتهن فان اداه المرتهن فانما
اصلح رهنه ودينه علي حاله ثابت وهذا اذا كانت القيمة والدين سوا لجعل جامل الضمان
علي المرتهن في الجعل الا انه علقه برقبة العبد لانه وجب بسبب من جهته وهو الاباق
فصار كالجناية واما ما يجب لرد جزء من العين الي يد المرتهن الذي فات بسبب عارض
فهو كالمداواة الجراحة بالحيوان والقروح ومعالجة الامراض فهو منقسم فما كان من حصة
المضمون فهو علي المرتهن وما كان من حصة الامانة فهو علي الراهن وذلك لان المرتهن يصلح
بذلك حصته الا تري ان ما يفوت من الرهن يذهب من دينه فاذا عاد سلم له الدين
بحاله واذا كان في ذلك اصلاح حقه كان عليه واما حصة الامانة فان المرتهن فيها
كالمودع فيكون علي المالك وقال الكرخي في مختصره فاذا اراد الراهن ان يجعل النفقة التي
ذكرنا انها عليه فيما لها من الرهن فليس له ذلك وللمرتهن ان يمنعه جميع ذلك الي هنا لفظ
الكرخي وذلك لان النما داخل في الرهن فلا يجوز له ان يجعلها في نفس الرهن **قوله** ومن هذا
الجنس كسوة الرقيق اي من جنس ما يحتاج اليه لمصلحة الرهن ونفقته **قوله** لحفظه او لرده
الضمير في الموضعين راجع الي الرهن **قوله** ومن هذا القسم جعل الآبق اي من القسم الذي
يجب مؤنته علي المرتهن **قوله** والفدا من الجناية ينقسم علي المضمون والامانة والفدا من
الجناية والدين الذي يلحق الرهن بالاموال التي يضمنها بالاستهلاك اذا وجب ذلك في
الرهن فان ذلك في حقهما في حق كل واحد من الراهن والمرتهن لان حماية المضمون في يد

الضامن

الضامن يجري مجري صيانة الضامن فيكون من ماله واما حصة الامانة فانها كحصة الوديعة
فيكون علي الراهن قال الكرخي في مختصره قال ابو يوسف فان لم يفد باه في الدين ولا في الجعل بيعه
وقضيت الجعل والدين وما بقي من ثمنه فهو رهن وذلك لان البيع بالدين مستحق وما فضل عن
مقدار الدين فكانه لم يتعلق به شي في الاصل فيعود الي يد المرتهن **قوله** والخراج علي الراهن
خاصة قال الكرخي في مختصره والخراج ايضا علي الراهن دون المرتهن فان اراد الراهن ان يجعله
في الغلة لم يكن له ذلك وهو في ماله الراهن خاصة فاما العشر فهو في الغلة فيما يخرج من الزرع
والثمر يأخذ ذلك الامام ويكون ما بقي رهنا علي حاله ولا يفسد ذلك الرهن الي هنا لفظ الكرخي
وذلك لان الخراج مؤنة تلزم المالك لاجل ملكه فصار كالنفقة والعشر في الغلة فيما يخرج من
الزرع والثمر يأخذ ذلك كله الامام بحق ما يجب له ويكون ما يفضل من ذلك رهنا علي حاله
ولا يفسد ذلك الرهن لان العشر يتعلق وجوبه بالعين فتقدم علي حق المرتهن لحق المستحق ولا يبطل
الرهن في الباقي لان وجوب العشر لا يمنع من ملك الراهن الا تري انه لو باع قدر العشر جاز
بيعه ولو اعطي العشر من غيره جاز فلم يؤد ذلك الي الاشاعة بخلاف الاستحقاق فانه يمنع ملك
الراهن في قدر المستحق فتبين به عدم الملك فيه في الاصل فيلزم الاشاعة وقال شيخ الاسلام
علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كان الرهن ارض خراج او ارض عشر فاخذ السلطان
الخراج او عشر الثمرة من الراهن لم يكن للراهن ان يرجع في شي من الثمر وهو كله رهن يبيعه العدل
فيه المرتهن لان العشر والخراج انما يجب علي الراهن لانه هو المالك الا ان له تعلقا بالرهن
ولكنه لا يوجب ابطال الرهن لانه يمكن استيفاؤه من غير الرهن فان اداه الراهن من موضع
آخر فقد خلص الرهن في يد المرتهن وليس له ان يرجع في الثمر بعد ما ادي لانه تخلص
عن الحق بعد رهنا كما كان وان اخذ السلطان العشر او الخراج من الثمر كان له ذلك وخرج
ذلك القدر من حكم الرهن لاستحقاقه ولكن لا يبطل الرهن فيما بقي لانه بمنزلة استحقاق شي
مقرر ولا يذهب من الدين بقدر ما استحق لانه تبين ان ذلك القدر كالخارج من الرهن
في الاصل كذا في شرح الكافي **قوله** وما اداه احدهما مما وجب علي صاحبه فهو متطوع الي آخره
قال الكرخي في مختصره وكل ما وجب علي الراهن فعجله المرتهن واداه من ماله بغير اذن الراهن
فهو متطوع الي هنا لفظ الكرخي وذلك لانه قضي دين غيره بغير اذنه فكان بذلك متطوعا
وقال الكرخي ايضا وكذلك ما وجب علي المرتهن فاداه الراهن بغير امره فهو متطوع فان انفق
المرتهن النفقة التي تجب علي الراهن بقضا قاض رجع به وكذلك الراهن اذا اخرج من ماله ما يجب
علي المرتهن بامر قاض رجع به علي المرتهن الي هنا لفظ الكرخي وذلك لان القاضي له ولاية علي
كل واحد منهما فاذا امتنع من الانفاق الواجب عليه امر ذلك بالآخر جاز للقاضي ان يأذن
في ذلك ويجعله دينا علي من يجب عليه وقال الكرخي ايضا وكذلك ان امر كل واحد منهما

صاحبه ان يدفع ما يجب عليه كان جائزا او يلزم الامر ما فعله الاخر الى هنا لفظ الكرخي
وذلك لانه لما اذن صار الاخر وكيله في الانفاق فيرجع عليه بحكم الوكالة وقال الكرخي وقال
ابن شجاع في المجرد اخبرني الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف عن ابي حنيفة انه قال اذا كان
الراهن غائبا فانفق المرتهن على الرهن نفقة وجب على الراهن بقضا قاض رجع عليه بها وان
كان الراهن حاضرا لم يرجع عليه بذلك وقال ابو يوسف فيهما جميعا يرجع عليه بها وان كان
الراهن حاضرا لم يرجع عليه بذلك وقال ابو يوسف فيهما جميعا يرجع عليه الى هنا لفظ الكرخي
قال القدوري في شرحه وهذا فرع على اختلافهم في الحجر فان عند ابي حنيفة ان الحاضر لا يلي الحاكم
عليه فيجبره على النفقة فاذا ادعى الاخر لم يصير دينا عليه لانه يقدر على ايفا حقه بالزام
معتقه عليه حتى وان كان غائبا نفذ الحكم عليه فلذلك ولي الحاكم عليه في الاذن وعلى قول
ابي يوسف يلي القاضي عند الامتناع مع الحضور والغيبة فاذا اذن في الادا صار ذلك
عليه دينا **قوله** وهي فرع مسئلة الحجر كما مر انفا **باب ما يجوز**
ارتهانه والارتهان به وما لا يجوز لما ذكر قبل هذا مقدمات الرهن شرع بفصل ما يجوز
ارتهانه وما لا يجوز لان التفصيل بعد الاجمال **قوله** قال ولا يجوز رهن المشاع اي قال
القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة وزفر وابو يوسف
ومحمد والحسن بن زياد لا يجوز الرهن الا مقبوضا محوزا منفصلا من غيره غير متعلق بما لم يقع
عليه عقد الرهن ولا يجوز عندهم جميعا رهن المشاع كان شائعا فيما ينقسم او فيما لا ينقسم
لا يجوز رهن نصف دار ولا نصف ارض ولا نصف عبد عندهم جميعا ولا نصف ثوب ولا سهم من
النهام ذلك وسوا رهن المشاع من شريكه في ذلك او من غيره فانه لا يجوز وان سلم ذلك
كله اليه الى هنا لفظ الكرخي عند مالك والشافعي رحمه الله جايز ولكن اختيار الكرخي شرطه
عند مالك قبض جميعه كذا في المدونة وعبارات اصحابنا مختلفة فيه قال بعضهم باطل وهو
اختيار الكرخي وقال بعضهم فاسد كذا ذكر شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
وجه قول مالك والشافعي ان المشاع محل للبيع فيكون محلا للرهن كالمفرز والعقد متى اضيف
الى محله لا بد ان ينعقد بوصف الصحة لان الاصل في العقود الشرعية هو الاطلاق او نوع صحته
وانما قلنا انه محل لان محل التصرف ما يكون قابلا لحكمه والمشاع قابل لحكم الرهن لان حكم الرهن
ملك المطالبة بالبيع او ملك الحبس على الاختلاف والشايع قابل لذلك لان المطالبة بالبيع تستقيم
في القابل للبيع والحبس يتاتى في الشايع بقبض جملته ولهذا ينعقد فيما لا يحتمل القسمة عقوده
يفتقر الى القبض كالهبة والصدقة بالاجماع ولهذا الرهن من رجلين جاز ويكون رهنا عند كل
واحد منهما بنصفه ولهذا لو جعل المشاع راس مال السلم وبدل الصرف جاز والقبض شرط في هذه
المواضع تحققه ان المشاع لا يمنع القبض في حقيقة الاستيفا فلان لا يمنع وثيقة الاستيفا اولى الا ترى

انه

انه لو كان لرجل على اخر الف درهم فدفع اليه الفي درهم الفا لدينه والفا قرضا فيقبض صح القبض
ولنا ان العقد انما ينعقد في المحل القابل لحكمه والمشاع ليس بقابل لحكم الرهن وهو ملك الحبس
الدائم لان حبس المشاع لا يتصور لان حبس المشاع وحده لا يتحقق فلا يصح رهن المشاع وانما
قلنا ان حكم الرهن ملك الحبس الدائم لان الرهن لم يشرع الا مقبوضا بالنص ولان الرهن عبارة
عن الحبس في اللغة والحبس لا يصح الا بملك الحبس واستحقاقه ثم حبس الشايع وحده لا يتصور
الا بحبس الكل وحبس الكل ليس بمستحق بالعقد لان العقد تناول النصف لا الكل ولان الرهن
يحتاج الى الانتفاع بالنصف الباقي فليس للمرتهن ان يمنعه عن الانتفاع به فلو تصور حبس
الشايع انما يتصور بطريق التهايؤ فاسد لان في اليوم الذي يحبسه المرتهن يحبس النصف
بحكم الرهن والنصف الاخر بحكم النيابة عن المالك في اليوم الذي يحبسه المالك يحبس النصف بحكم
الملك والنصف الاخر ايضا بحكم الملك لان المالك لا يصح ان يكون متصرفا في ملكه بطريق النيابة
عن غيره الا انه يعتبر رضا المرتهن لزوال حقه فاذا الحقه حبس الراهن الكل بحكم الملك
فاذا لم يصح ان يكون نائبا عن المرتهن كان حكم الرهن ثابتا موقتا معنى وكانه قال رهنتك
يوما ويوما فلو صرح بذلك لا يصح الرهن وكذا هذا وخرج الجواب عن هذا عن الرهن من
رجلين لان احد المرتهنين يحبس النصف بحكم الرهن والنصف الاخر النيابة عن صاحبه وكذلك
الاخر فكان حكم الرهن ثابتا على سبيل الدوام والجواب عن قول الخصم في هبة المشاع وصدقته
المشاع فيما لا يحتمل القسمة فنقول لا نسلم ان ذلك دال على ان القبض مقصود حقيقة بل اكتفي
ثمه والشروط اتباع فاكتفي بالقبض القاصر لان غيره لا يتصور في الشايع اما هنا فالحبس
حكم والحكم هو الاصل والمقصود فلم يكتف فيه بالقاصر من القبض **قوله** ثبوته يد الاستيفاء
والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبسا الى ان يقضي الراهن دينه وهذا المعنى لا يتصور
في المشاع لان اليد لا تثبت حقيقة الا على جزء معين **قوله** الى المقصود منه اي من الحبس
الدائم والمقصود هو الاستيثاق من الوجه الذي بيناه قبل ثلاثة اوراق بقوله ولان
الرهن وثيقة بجانب الاستيفاء وهو ان يكون موصلا اليه وذلك ثابت بملك اليد والحبس
ليقع الامن من الجحود مخافة جحود المرتهن الرهن وليكون عاجزا عن الانتفاع فيتسارع
الى قضاء الدين لحاجته او لضجره **قوله** وعلى الوجه الثاني اراد به قوله والثاني ان موجب
الرهن هو الحبس الدائم وقال القدوري في شرحه وقالوا في رهن المشاع لا يجوز من الشريك
وكذلك هبة المشاع وجوز ابو حنيفة اجارة المشاع من الشريك في الرواية المشهورة لان
المانع من الرهن عدم استدامة القبض وهذا المعنى موجود في الرهن من الشريك لان
المرتهن يمسكه يوما رهنا ويوما يستخدمه وليس برهن والمانع من الهبة التفريط في
الاقباض وهذا موجود في الشريك والمانع من الاجارة ان المستاجر لا يتمكن من الاستيفاء

ما اقتضاه العقد لا بالمهايأة وهذا المعنى لا يوجد في الشريك **قوله** والشيوع الطارئ يمنع بقاء الرهن في رواية الاصل قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي واما الاشاعة الطارئة فذكر في كتاب الرهن انها تمنع من الرهن وصورتها ان يوكل الراهن العدل ببيع الرهن كيف راى مجتمعا ومتفرقا فيبيع بعض العين او يرهن دلا فيه عشرون درهما فضة بعشرة دراهم فينكسر فيضمن المرتهن نصف القلب وهي حصة المضمون وتبقى حصة الامانة رهنا فيبطل حتى لا يكون مشاعا وروى ابن سماعة عن ابي يوسف انه رجع عن هذا القول وقال لا تفسد الطارئة مع صحة الرهن كما لا يمنع بقاء الهبة وجه رواية الاصل ان الاشاعة تؤثر في الابتداء لانها تمنع من استدامة قبض المرتهن وهذا المعنى موجود في الاشاعة الطارئة وليس كذلك الهبة لان الاشاعة يمنع منها لتأثيرها في القبض واستدامة القبض ليس بشرط فبين الفرق بينهما ان الواجب لو رجع في بعض الهبة ثبتت الهبة في الباقي وان تفاسخ الراهن والمرتهن بعض الرهن واراد تبقية العقد في الباقي لم يجز وجه رواية ابن سماعة ان حكم البقاء اسهل من حكم الابتداء الا ترى ان العدل يبيع الرهن فيصير الثمن في ذمة المشتري رهنا ولو رهنه في الابتداء دينا لم يجز فكذلك لا يمتنع ان يصح الرهن في المشاع في حال البقاء وان لم يصح في حال الابتداء ولانه عقد من شرط صحته القبض فالاشاعة الطارئة تؤثر فيه كالهبة كذا ذكر القدوري وذكر في الطريقة البرهانية المطولة صورة الشيوع الطارئ ما لو رهن من رجلين فمات احدهما **قوله** لتفي الحلالة اي غرامة القيمة **قوله** ولهذا يصح الرجوع في بعض الهبة اي لاجل ان الملك حكم الهبة والمشاع لا ينافيه صح الرجوع في بعض الهبة بخلاف الرهن فان حكمه حكم الحبس الدائم والاشاعة تنافيه فلم يصح التفاسخ في بعض الرهن **قوله** قال ولا رهن ثمرة على رؤوس النخيل دون النخيل ولا زرع في الارض دون الارض ولا رهن النخل في الارض دونها اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره ولا يجوز رهن ثمرة في نخل ولا كرم ولا شجر حتى يجوزه ويسلمه الى المرتهن ولا رهن ذلك دون ثمرته ولا رهنا دونه الارض ولا رهن نخلا او كرم ولا شجر في ارض دون الارض وكذلك ان رهن زرعا في ارض دون الارض او رهن الزرع الارض دون الزرع ولا يجوز رهن الارض دون ما فيها من نخل او شجر او كرم الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان المرهون متصل بغيره لا يمكن حبسه دونه فكان في معنى رهن المشاع وذلك باطل لانه لا يتأتى القبض فيه وحده فكذا هذا لهذا المعنى **قوله** وعن ابي حنيفة ان رهن الارض بدون الشجر جائز قال الكرخي في مختصره وان رهن ارضا فيها نخل او شجر او كرم فقال رهنتك الارض دون النخل والشجر والكرم فان الحسن بن زياد روى عن ابي حنيفة ان ذلك جائز واما ابو يوسف ومحمد فقالا لا ان الرهن باطل ولم يحكيا خلافا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه والمشهور ان الرهن باطل وتصحيحه ان الرهن مشغول بما ليس بمرهون

فصار كمن رهن الارض التي فيها متاع الراهن وقد قال الحسن في روايته انه لو رهن الارض دون البناء لم يصح لان الرهن مشغول بالبناء وكذلك مشغول بالنخل والشجر وجه رواية الحسن ان النخل عبارة عن البدل مع مكانه والشجر عبارة عن الخشب بموضعه الا ترى انه في غير موضعه جذع وليس بنخل فكانه استثنى النخل بمكانه من الارض فيصير رهنا لما سواه وذلك جائز وليس كذلك اذا استثنى البناء لان ذلك عبارة عن الانقاض دون مكانها فيدخل مكانها في الرهن وهو مشغول بها فلا يصح واما اذا رهن الارض واستثنى النخل بمواضعه جاز في قولهم جميعا لانه رهن ما سواه وذلك متميز محوز مجاورة لمكان النخل فيصح فيها بالرهن كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** ولو رهن النخيل بمواضعها جاز ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر لمناسبتها آنفا **قوله** ولو كان فيه ثمر يدخل في الرهن ذكرها تفريعا ايضا اي لو كان في النخل الذي رهنه اصحابه ثمر دخل في الرهن لان العقد لا يصح على النخل دون الثمر ودخوله في العقد لا يوجب زوال ملك الراهن عنه وقد قصدا الى عقد صحيح فدخل فيه ما لا يصح الا به وليس كذلك اذا باع النخل لان بيع الثمرة دون النخل يصح فلا يكون بنا حاجة الى ادخال الثمر بغير تسمية **قوله** وبخلاف المتاع في الدار حيث لا يدخل في رهن الدار من غير ذكر عطفه على قوله بخلاف البيع يعني كما ان الثمر لا يدخل من ذكر في البيع فكذلك لا يدخل المتاع في الدار في رهن الدار بلا ذكر قال القدوري في شرحه فلا ادخلتم المتاع في الرهن وان لم يسمه طلبا لتصحيح العقد كما ادخلتم الثمرة والزرع في حكم التابع للنخل والارض الا ترى انه لو باعها بكل قليل وكثير منها دخل في البيع والمتاع ليس من حقوقها فلا يجوز ان يدخل من غير تسمية **قوله** وكذا يدخل الزرع والرطبة في رهن الارض ولا يدخل في البيع ذكرها تفريعا ايضا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وان قال رهنتك هذه الدار او هذه الارض او هذه القرية واطلق القول اطلاقا ولم يخص شيئا دون شيء دخل البناء والنخل والشجر والكرم الذي في الارض في الرهن وكذلك يدخل الزرع والرطبة في الرهن ولا يشبه الرهن البيع لان الرهن لم يخرج من ملك الراهن بعقد الراهن وخرج من ملك البايع الى البيع وهذا قولهم جميعا الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري في شرحه واما البناء والغرس فيدخل في البيع وان لم يتعرض صحة البيع الى دخوله فلان يدخل في الرهن وصحته تقف على نحو اولى فاما الزرع والرطبة فلا يدخل في البيع ويدخل في الرهن لما بينا في الثمرة ان الرهن لا يصح دون ذلك ودخوله فيه لا يخرجه من ملك الراهن فلذلك دخل تصحيحا للعقد **قوله** لما ذكرنا في الثمر اشارة الى قوله لانه تابع **قوله** ولو رهن الدار بما فيها جاز ولو استحق بعضه ان كان الباقي يجوز ابتدا الرهن عليه وحده بقي رهنا بحصته والا بطل كله ذكرها تفريعا ايضا قال الشيخ ابو الحسن الكرخي فان رهن الارض بما فيها والدار ثم استحق بعض

الرهن نظرت الى ما بقي فان كان يجوز ابتدا الرهن عليه وحده فهو باق على الرهن بحصته
من الدين وان كان ابتدا الرهن لا يجوز عليه بطل الرهن كله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
يعني اذا كان الباقي مفرزا بقي الرهن فيه وان كان شايعا بطل وذلك لان بالاستحقاق تبين
ان المستحق لم يكن داخلا في العقد فصار راهنا لما بقي فان كان مفرزا جاز والا فلا قال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي واذا استحق بعض الرهن بعد صحته فانه ينظر ان كان الباقي
بعد ورود الاستحقاق بحال ان يجوز الرهن عليه ابتدا فلا يبطل الرهن فيه ويكون الباقي
محبوسا بجميع الرهن ولكنه يكون محبوسا بحصته من الدين ان قسم الدين على قيمته وقيمة المستحق
منه من حيث انه لو هلك الباقي هلك بحصته من الدين وان كان في قيمته وفا بالدين لا يذهب
جميع الدين بخلاف ما اذا رهن الباقي بالدين ابتدا وفيه وفا بالدين ولو كان الباقي بعد ورود
الاستحقاق مما لا يجوز رهنه ابتدا فانه يبطل الرهن **قوله** ويمنع التسليم كون الراهن
او متاعه في الدار المرهونة وكذا متاعه في الوعاء المرهون ذكرها تفريعا اي ايضا قال القدوري
في شرحه قال الحسن عن ابي حنيفة اذا رهنه دارا والراهن والمرتهن جميعا في جوفها فقال
قد سلمتها اليك ودفعتها اليك رهنا فقال المرتهن قد قبلت لم يكن رهنا حتى يخرج الراهن
من الدار فان خرج من الدار بعد ذلك لم يتم الرهن الا ان يقول الراهن قد سلمتها بعد
ما خرج من الدار وذلك لانهما اذا كانا في الدار فيد صاحب الدار ثابتة فيها فلم يصح تسليمه
الى المرتهن واذا لم يصح ذلك التسليم حتى خرج احتاج الى تجديد تسليم آخر قال وان كان
في الدار متاع قليل او كثير او ثياب او حب او شي مما ينتفع به ثم سلم الدار رهنا وذلك فيها لم يتم
الرهن حتى يفرغ ذلك منها لان الدار مشغولة بما فيها فيمنع ذلك من تسليمها قال ولو رهنه
الدار وما فيها وخلى بينه وبينها وهو خارج منها تم الرهن وذلك لان ما فيها يصح رهنه فاذا
ادخل في الرهن لم يمنع من صحة القبض في الدار **قوله** ويمنع تسليم الدابة المرهونة الحمل
عليها ولا يتم حتى يلقي الحمل ذكرها ايضا تفريعا قال القدوري في شرحه ولو رهنه دابة عليها حمل
لم يتم الرهن حتى يلقي الحمل عنها ويدفعها وذلك لانها مشغولة بالحمل كشغل الدار بالمتاع
فان رهنه الحمل دون الدابة ودفعها اليه بالحمل كان ذلك رهنا تاما في الحمل وذلك لان
الرهن ليس بمشغول بغيره ولا تابع له فصار كرهن متاع في دار اذا خلى بينه وبينه قال
فان رهنه سرجا على دابة او لجاما في راس الدابة او رسنا في راسها ودفع اليه الدابة بالسرج
واللجام والرسن لم يكن رهنا حتى ينزعه عن الدابة ثم يقبضه فيتم فيه الرهن قال وهذا كله على
قياس قول ابي حنيفة وابي يوسف وزفر وذلك لان السرج واللجام من توابع الدابة فلا يصح
افراده عنها بالرهن كثمرة النخل لهذا قالوا لو رهنه دابة عليها سرج ولجام ورسن فذلك
للراهن دخل في الرهن لانه من توابعها فلا يصح افراده بالرهن دونها **قوله** ولا يصح الرهن

بالامانات

بالامانات كالودايع والعواري والمضاربات ومال الشركة اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان مقتضى قبض الرهن هو الضمان فما ليس بمضمون لا يصح ذلك فيه فلا يجوز الرهن
به وقد مر بيان ما يجوز الرهن به وما لا يجوز من الاعيان عند قوله ولا يصح الرهن الا
بدين مضمون قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال وان هلك الرهن وقد اخذ شي من
الاعيان المضمونة بانفسها فانه يقال لمن في يده تلك العين سلم ما في يديك وخذ من المرتهن
الاقل من الدين ومن قيمة الرهن وذلك لان الرهن عندنا مضمون بالاقل من قيمته ومن
قيمة الدين فاذا هلك صار كانه استوفى ما هو مضمون به فاذا وصل اليه العين يجب عليه
رد قدر المضمون قال وان هلكت الاعيان قبل الرهن فالرهن رهن بقيم تلك الاعيان لانه هو
المضمون فان هلك الرهن بعد هلاك الاعيان هلك بالاقل من قيمته ومن قيمة العين التي كان
رهنا بها وهذا على ما قدمنا **قوله** وقال والرهن بالدرك باطل اي قال في الجامع الصغير
وتفسيره رجل باع سلعة وقبض ثمنها وسلمها وخاف المشتري الاستحقاق فاخذ الثمن رهنا بالدرك
فانه باطل حتى اذا حبس الرهن فهلك عنده هلك امانة حل الدرك او لم يحل والدرك في اللغة
عبارة عن التبعة من كل شي ويراد به ضمان الثمن عند استحقاق المبيع ثم ان الرهن بالدرك
باطل والكفالة بالدرك جايزة والفرق ان الرهن لا يجوز الا بدين مضمون ولا ضمان قبل
استحقاق المبيع فكان الرهن بالدرك رهنا بما ليس بمضمون فلا يجوز فلو جاز لما يجب كان
معلقا بالخطر والرهن لا يحتمل التعليق لان فيه معنى التمليك لانه استيفا والرهن
استيفا فكان فيه معنى المبادلة والتمليكات لا يصح تعليقها بالاخطار بخلاف الكفالة فانها عقد
التزام والالتزامات مما يصح تعليقها بالاخطار كايجاب الصوم والصلاة والصدقة فانها
تحتمل التعليق بالخطر والاضافة ولهذا جازت الكفالة بما يذوب له عليه ولم يجز الرهن بما يذوب
له عليه **قوله** ولهذا يصح الكفالة بما ذاب له ايضاح لقوله والالتزام الا ايصح
مضافا الى المال **قوله** خلاف الرهن بالدين والموعود متصل بقوله هلك امانة يعني
انه لا يهلك امانة بل يهلك مضمونا **قوله** هلك بما سمي من المال بمقابلته اي بمقابلة الرهن
وفيه تسامح لانه يهلك بالاقل من قيمته ومما سمي له من القرض الا ترى الى ما قال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي ولو اخذ الرهن بشرط ان يقرضه كذا فهلك في يده قبل ان يقرضه هلك بالاقل من
قيمته ومما سمي له من القرض لانه قبض بسوم الرهن فالمقبوض بسوم الرهن مضمون كالمقبوض
بسوم البيع اذا هلك في يد المساوم ضمن قيمته ان كان قبضه باذن صاحبه **قوله** قال ويصح
الرهن براس مال السلم وثمن الصرف والمسلم فيه اي قال القدوري في مختصره وقال زفر لا يصح قال
في اشارات الاسرار اذا اخذ بدل الصرف وراس المال في باب السلم رهنا فهلك قبل الافتراق
تم القبض استحسانا خلافا لزفر وهو القياس وجه قول زفر ان الرهن اذا هلك كان المرتهن

مستوفيا لدينه من الرهن واستيفا غير راس المال وبدل الصرف والمسلم فيه لا يجوز لان
استبدال هذه الاشيا من غير جنسه لا يجوز ولنا ان الرهن للاستيفا وكل دين يمكن استيفاوه
من الرهن جاز الرهن به كما في الرهن بسائر الديون وهذه ديون يمكن استيفاوها من الرهن
فيصح الرهن بها والرهن ان لم يكن من جنس حقه صورة فهو من جنس حقه معنى وهو المالية
والمضمون من الرهن معناه لا صورته لان صورته امانة فاذا هلك الرهن في المجلس تم العقد
وصار مستوفيا **قوله** على ما مر اشارة الى ما ذكر في اوايل كتاب الرهن والاستيفا يقع بالمالية
اما العين امانة **قوله** وباب الاستبدال فيها مسدود اي في راس مال السلم وبدل
الصرف والمسلم فيه وذلك لان قبض راس المال وبدل الصرف في المجلس شرط وبالاستبدال
يفوت ذلك بخلاف الاستبدال بالثمن فانه يجوز لان قبضه ليس بشرط والمسلم فيه مبيع
دين فلا يجوز الاستبدال فيه كالمبيع العين لان التصرف في المبيع قبل القبض لا يجوز
والرهن بالمبيع باطل وذلك لانه ليس بمقابلته حق مضمون بنفسه الا ترى ان المبيع اذا
هلك سقط ضمانه ولا يجوز ان يكون رهنا بالثمن لان الثمن حق للبايع على المشتري فلا يجوز
ان يعطي به رهنا فان هلك الرهن في يد المشتري فالمبيع على حاله ويذهب الرهن بغير
شي لانه غير مضمون فلو اعطاه المؤجر رهنا بعد الاجارة فالرهن باطل لانه ليس بمضمون
عليه الا ترى انه اذا هلك انفسخت الاجارة كذا ذكره القدوري في شرحه **قوله** وان
افترقا قبل هلاك الرهن بطلا اي افترقا العاقدان في الصرف والسلم قبل هلاك الرهن
بطل الصرف والسلم لانه لم يوجد القبض المستحق في المجلس لا حقيقة ولا حكما بخلاف ما اذا
افترقا بعد هلاك الرهن لانه وجد القبض حكما فاستحكم العقد بالاستيفا بالقبض السابق
قوله ليس على اطلاقه لانه انما يصير مستوفيا للمسلم فيه فيم بقي السلم وهذا ليس على
اطلاقه لانه انما يصير مستوفيا للمسلم فيه اذا كان في الرهن وفا به اما اذا كان الرهن
اقل منه فلا الا ترى الى ما قال في باب السلم من شرح الطحاوي فان هلك الرهن في يده
صار مستوفيا للسلم وفي الزيادة يكون امينا وان كان قيمته اقل من المسلم فيه صار مستوفيا
لذلك القدر ويرجع عليه بالباقي **قوله** ولو تفاسخا السلم وبالمسلم فيه رهن يكون
ذلك رهنا براس المال حتى يحبسه والقول هنا ما ذكرنا في الباب الثاني من كتاب الرهن
من شرح الكافي واذا اسلم الرجل جماعة الى رجل في طعام مسمى فارتهن منه عبدا يساوي
ذلك الطعام وقبضه ثم صالحه على راس ماله فالقياس ان يقبض الراهن العبد ويكون راس
المال دينا عليه ولكنا نحفظ القياس ونجعله رهنا في يديه حتى يستوفي راس المال وهذا
عندنا وقال زفر الرهن بالمسلم فيه باطل لان عقد الرهن انما يصح بدين يصح الاستبدال
به لا بدين لا يصح الاستبدال به ولهذا لا يجوز بدل الصرف انما هو بقوله بان

استيفا

استيفا الدين انما يقع بمال هو من جنس الدين لا بمال هو من خلاف جنسه والعبد ليس من جنس
الطعام الا انه يصير به مستبدلا عند اختلاف الجنس فيستقيم ذلك في دين يحتمل الاستبدال
لا في دين لا يحتمل والمسلم فيه مما لا يحتمله فبطل الرهن به وانا نقول ان الاستيفا انما يقع بماليته
وماليته من جنس الدين فاستقام الاستيفا به في الاحوال كلها ولئن قال مالية الرهن مقدرة
بالدراهم ليس بحتم بل يجوز تقديرها بشي اخر وانما اختار الشرع تقديره بالدراهم تيسيرا للامر
على العباد وهذا لا ينفي الحجر عن التقدير بغيرها فمتى قصد الرهن بالطعام مع علمهما ان هذا
عقد استيفا كان ذلك تقديرا لماليته بالطعام تحقيقا لغرضهما ومتى صارت ماليته مقدرة
بذلك تحقق معنى الاستيفا حينئذ وصار كان الرهن بشي من جنس الدين حقيقة فصح فان
صالح على راس المال فالقياس ان يسترده لانه رهن بالمسلم فيه وهذا دين اخر غيره الا ترى
ان الاول واجب بالعقد وهذا واجب بالنقض والرهن بدين ولا يكون رهنا بدين اخر
ولما لم يكن رهنا به لا يكون له حبسه به الا انا استحسنا قلنا له ان يحبسه لاستيفا راس المال
وان لم يكن رهنا مضمونا به لان في الرهن بالمسلم فيه استيفا له من وجه فصار كانه استوفاه
حقيقة ثم تقايلا كان له ان يحبسه لاستيفا ما يقابله تحقيقا للمساواة في الاقالة التي هي فسخ
معنى العقد فكذا اذا صار مستوفيا من وجه فان هلك العبد عنده من غير ان يمنعه تحلى
المرتهن ان يعطي مثل الطعام الذي كان له على المسلم اليه ويأخذ راس ماله لان يقبض الرهن
صارت ماليته مضمونة بطعام السلم وقد بقي حكم الرهن الى ان هلك فصار بهلاك الرهن
مستوفيا طعام السلم ولو استوفاه حقيقة قبل الاقالة ثم تقايلا او بعد الاقالة يلزمه
رد المستوفي واسترداد راس المال فكذلك هنا الاقالة في باب السلم لا يحتمل الفسخ
بعد ثبوتها فبهلاك الرهن لا تبطل الاقالة وان صار مستوفيا طعام السلم جعله هالكا
بالطعام لا براس المال لانه ليس برهن به لكنه محبوس به لما قلنا ويجوز ان يكون الشي
محبوسا بالشي ولا يكون مضمونا به الا ترى من اشترى عبدا بالف درهم شرا فاسدا وتقابضا
كان للمشتري ان يحبس العبد عن البايع لاستيفا الثمن منه ولو هلك العبد عنده هلك بقيمته
لا بالثمن لانه ليس برهن بالثمن ولكنه مقابل بالثمن فله ان يحبسه عنه لاستيفا ما يقابله
فكذا هذا **قوله** ولو هلك الرهن اي رهن المسلم فيه **قوله** وان كان محبوسا بغيره
اي وان كان الرهن محبوسا بغير الطعام وهو راس المال يعني ان الرهن محبوس براس المال
وليس بمضمون به بل هو مضمون بالطعام المسلم فيه ومراده ان الشي يجوز ان يكون محبوسا
بشي ولا يكون مضمونا به وقد مر بيانه انفا **قوله** لما بينا اي لان الثمن بدل عن المبيع **قوله**
ولا يجوز رهن الحر والمدبر والمكاتب وام الولد قال الشيخ ابو الحسن الكرخي كل
ما لا يجوز بيعه برضا المتعاقدين عليه فلا يجوز رهنه لا يجوز رهن حر ولا مدبر ولا مكاتب

ولا ام ولد ولا يجوز ان يرهن المسلم خمرا ولا خنزيرا ولا يرهنه وسوا كان المتعاقدان مسلمين
او احدهما ويجوز ارتهان الخمر والخنزير بين اهل الذمة اذا كان المتعاقدان جميعا ذميين
فاما رهن الميتة والدم لا يجوز على حال من احد من الناس من ذمي ولا غيره الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله وقال في وجيزه ونص الشافعي رحمه الله ان رهن المدبر باطل وفيه قول مخرج
منقاس انه صحيح الى هنا لفظ الوجيز وذلك لان الرهن شرع للاستيفاء ولا يستوفى الدين
الدين من هذه الاعيان لانه لا يجوز بيعها اما الحر فلانه ليس بمحل للبيع لانه محله المال المتقوم
والحر ليس بمال والباقيات للمانع فيها وهو التدبير والكتابة والاستيلاد ولانه عقد
لا يصح على ام الولد فلا يصح على المدبر كالوصية والخلاف مبني على ان بيع المدبر يجوز ام لا **قوله**
ولا يجوز الرهن بالكفالة بالنفس لان المكفول به ليس بمضمون على الكفيل ولهذا اذا هلك
لم يلزم بهلاكه شيء فلا يصح الرهن بما ليس بمضمون ولان المكفول به لا يمكن استيفاؤه من ثمن
الرهن لان المضمون هو احضار المكفول به وهذا المعنى لا يمكن استيفاؤه من الكفيل لان المكفول
به غير الكفيل واما القصاص في النفس وما دونها فلا يصح الرهن به لان حق القصاص لا يمكن
استيفاؤه من غير الرهن وقد وقع الاحتراز بالرهن بالقصاص عن بدل الصلح عن دم العمد
فانه جائز لانه مضمون بنفسه فاذا هلك يجب مثله ان كان له مثل وقيمته ان لم يكن له مثل
وان هلك الرهن والعين المضمون قائم في يد الراهن يقال له سلم العين التي في يدك
وخذ من المرتهن الاقل من الدين ومن قيمة الرهن وقد مر ذلك في هذا الباب فان كانت
الجنايات خطا يجوز الرهن بارشها لانه يمكن استيفا الارش من الرهن كذا ذكر القدوري
في شرحه ثم الرهن ببدل الصلح عن دم العمد جائز لما قلنا فاما اذا كان القتل خطا فصالحه
من ذلك على عبد او ثوب او شيء مما يكال او يوزن بعينه ثم رهنه بذلك رهنا معروفا
لم يجز لان البدل هاهنا غير مضمون بنفسه الا ترى انه اذا هلك انفسخ الصلح وقد مر ذلك
قبل هذا الباب عند قوله ولا يصح الرهن الا بدين مضمون **قوله** ولا يجوز بالشفعة
انما لا يجوز الرهن بالشفعة لان المبيع ليس بمضمون على المشتري للشفيع الا ترى ان المبيع
اذا هلك لا يلزم المشتري ضمان وقد ذكرها بسبيل التفريع **قوله** ولا بالعبد الجاني
والعبد المديون ذكرها تفريعا ايضا وذلك لان رقبته ليست بمضمونة على المولى ولهذا
اذا هلكت لم يلزمه شيء ذكرها تفريعا ايضا قال الكرخي في مختصره ولا يجوز الرهن ايضا بما
لا يتوصل الى استيفائه من الرهن او من ثمنه ولا بما لو هلك لم يجب بهلاكه شيء على احد مثل
الكفالة بالنفس والشفعة والعبيد الذين في رقابهم الجنايات على بني آدم لان العبد
الجاني لو مات بطل حق المجني عليه ولا يلزم المولى من ذلك شيء وكذلك المكفول
بنفسه لو مات بطلت الكفالة ولم يجب على الكفيل شيء وكذلك ما وجب فيه الشفعة

لو غلبت

لو غلبت عليه دجلة او الفرات بطل حق الشفيع ولم يجب على المشتري فيه شيء وكذلك العبيد
الذين في رقابهم الدين لا يجوز للغرما ان ياخذوا من الموالي رهنا برقبته لان العبيد اذا
كان ماذونا له في التجارة لان الرقبة ليست بمضمونة على احد الا ترى ان العبد المديون لو مات
لم يجب بموته على احد شيء الى هنا لفظ الكرخي في مختصره **قوله** ولا باجرة النائحة والمغنية
اي لا يجوز الرهن باجرتهما ذكرها تفريعا ايضا قال الكرخي في مختصره وكذلك رجل استاجر نائحة
او مغنية باجر معلوم واعطاها بالاجر رهنا فضاع في يدها لم يكن عليها في ذلك الرهن ضمان لانه
اخذ بغير دين واجب الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان الاجارة على ذلك باطلة والاجرة غير
مضمونة والرهن اذا لم يكن في مقابلته شيء مضمون كان باطلا **قوله** ولا يجوز للمسلم ان يرهن
خمرا او يرتهنه من مسلم او ذمي ذكرها تفريعا ايضا وكذلك الحكم في الخنزير وذلك لان الرهن
للايفا والاستيفاء والمسلم لا يملك الايفا اذا كان هو الراهن لا يملك الاستيفا اذا كان هو المرتهن
الا ان الراهن اذا كان ذميا فان الخمر مضمونة على المسلم حق الذمي كما يضمنها بالغصب وان
كان المرتهن ذميا لم يضمنها لحق المسلم كما لا يضمنها في الغصب واما اذا جرى عقد الرهن بين
اهل الذمة جاز ذلك في الخمر والخنزير لانهما مال عندهم فالخنزير لهم كالشاة لنا والخمر لهم
كالعصير لنا بخلاف رهن الدم والميتة وارتهانها فان ذلك لا يجوز اصلا لا من ذمي ولا من
غيره لانهما ليسا بمال فلم يجز التصرف فيهما ونقل في الاجناس عن نوادر هشام قال محمد نصراني
رهن عند نصراني خمرا قيمته عشرة دراهم بعشرة له عليه فاسلم الراهن فسد الرهن ولو هلك
الخمر لا شيء على صاحب الدين ولو كان اسلم المرتهن ذهبت بالعشرة وفرق بينهما بانه خارج من
الرهن والخمر مضمون على المسلم للنصراني لذلك ذهب دينه ومثله لا يكون الخمر مضمونا
للمسلم على الذمي فكان رهنا فاسدا فلا يذهب به فقد نص على ان الرهن الفاسد لا يذهب
بهلاكه الدين كذا في الاجناس وقال الكرخي واذا قبض المرتهن الرهن في جميع ما وصفت لك
انه لا يجوز في هذا الباب فهلك في يده فلا ضمان عليه الا الخمر والخنزير اذا كان الراهن ذميا
والمرتهن مسلما فهلك في يده فانه يضمن الاقل من قيمته ومن الدين وقال القدوري
في شرحه ان الرهن على ثلاثة اضرب رهن جائز وهو الرهن بالديون والاعيان المضمونة
بانفسها ورهن فاسد كالرهن بالخمر ورهن باطل كالرهن بالودائع والاعيان المضمونة
بغيرها فالصحيح من الرهن يتعلق به الضمان والفاسد يتعلق به الضمان كما يتعلق الضمان
بالفاسد من البيع والباطل لا يتعلق به الضمان كالبيع بالميتة والدم **قوله** ولو اشترى
عبدا فرهن بثمنه عبدا او خلا او شاة مذبوحة ثم ظهر ان العبد حر والخل خمر والشاة
ميتة فالرهن مضمون اي ظهر العبد المشترى حرا والخل المشترى خمرا والمذبوحة ميتة
والدليل على هذا التقدير ما ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي ولو اشترى مسلم

من مسلم خلا به رام واخذ منه رهنا بالثمن واشتري شاة مذبوحة واعطاه بالثمن رهنا
وعلم ان الشاة كانت ميتة والخل خمرا ضمن المرتهن الرهن لانه قبضه علي ما له مضمون في الظاهر
فلو قيل عبدا فاعطاه بقيمته رهنا فضاع ثم علم ان العبد حر ضمن المرتهن الاقل من القيمة
ومن قيمة الرهن وذلك لانه قبضه علي ما له مضمون في الظاهر قال القدوري وهذا كله
علي الرواية الظاهرة في الاصول ويجب علي قول ابي يوسف ان لا يضمن لانه قبضه وليس هناك
ضمان في الحقيقة **قوله** وكذا اذا صالح علي انكار الي آخره ذكرها بسبيل التفريع وكونها تعديه
قال في الجامع الكبير واذا ادعي رجل علي رجل الف درهم قرضا فجحدها المدعي عليه ثم انه صالح
المدعي من ذلك علي خمسمائة درهم واعطي المدعي بذلك رهنا يساوي خمسمائة درهم فضاع
عنده ثم تصادقا جميعا بعد ذلك علي ان ذلك المال كان باطلا وانه لم يكن للمدعي عليه ثم هلك
في يده كان علي المرتهن ان يرد علي خمسمائة لان الارتهان حصل بدين مضمون علي الراهن من حيث
الظاهر فانهما لو احتكما الي القاضي قبل ان يتصادقا علي ما تصادقا عليه فان القاضي يجبر المدعا
عليه علي ايفا الخمسمائة وهذا لان الرهن قبض علي جهة الضمان والمقبوض علي جهة الشي كالمقبوض
علي حقيقته ولهذا كان المقبوض علي سوم القرض مضمونا علي القابض وان حصل الارتهان بما هو
غير مقبوض حقيقة وكذا المقبوض علي سوم الشرا يكون كالمقبوض علي حقيقته حتي كان مضمونا
وان كان قبض باذن المالك وهذا هو ظاهر الرواية ولم يذكر فيه خلاف ابي يوسف وقال
القدوري في شرحه وقال بشر عن ابي يوسف ونوادره في رجل ادعي علي رجل دينا فرهنه
به رهنا عبدا فهلك العبد وتصادقا انه لم يكن عليه شي قال لا يضمن الرهن لابي يوسف
انهما اذا تصادقا علي بطلان الدين فقد قبض الرهن وليس هناك دين مضمون فلا يتعلق
به ضمان **قوله** وعن ابي يوسف خلافه اي خلاف هذا الحكم وهو ما روي بشر عنه وقد
مر آنفا **قوله** وكذا قياسه فيما تقدم من جنسه اي قياس ابي يوسف كذلك في عدم
الضمان فيما تقدم من المسائل من جنس هذا المذكور من حيث ان الرهن لم يكن بدين مضمون
في الحقيقة واراد بما تقدم ما اذا ظهر العبد حرا والخل خمرا والمذبوحة ميتة ففي كل ذلك
لا يجب الضمان في قياس قول ابي يوسف وان لم تكن الرواية محفوظة عنه فيه قال القدوري في
شرحه ولو ادعي المودع او المضارب هلاك الوديعة او المضاربة وادعي ربها ان المودع
والمضارب استهلكاها وتصالحا علي مال واعطاه به رهنا فهلك في يده لم يضمن في قول ابي يوسف
الاول ويضمن في قوله الاخير وهو قول محمد وهذا فرع علي اختلافهم في جواز الصلح بعد
ادعا المودع الهلاك قال ابو حنيفة وابو يوسف الصلح باطل فقد قبض الرهن وليس هناك
مال مضمون في الظاهر وعلي قول محمد ان الصلح جائز والمال ثابت والرهن مضمون **قوله**
ويجوز للاب ان يرهن بدين عليه عبدا لابنه الصغير قال في الجامع الصغير وهذا استحسان

والقياس ان لا يجوز وذكر عن ابي يوسف انه اخذ بالقياس كذا ذكره الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير وذكر فخر الدين قاضي خان قول الشافعي رحمه الله كقول ابي يوسف وجه
القياس انه قضي دين نفسه من مال ابنه وليس له ذلك بيانه ان الاب ليس له حقيقة الايفا
بان يوفي دينه من مال الصغير فكذا ليس له ان يدفع مال الصغير بجهة الايفا لان الرهن بجهة
الاستيفاء وجه الاستحسان ان هذا تصرف يستوي في معاني الولاية والنظر يتجوز لان ولاية الاب
نظرية اما الولاية فلان عين الرهن امانة عند المرتهن بمنزلة الوديعة ومحفوظ به والايداع
داخل في ولاية الاب فكذا ما كان في معناه واما النظر فلانه جعل مضمونا علي الحافظ ولو جعله
محفوظا غير مضمون صح فلان يصح محفوظا ومضمونا اولي فينبغي بعد ذلك انه صرف مال الصغير
الي دين نفسه وذلك جائز لانه لو كان لابنه الصغير دراهم فقضي الاب بها دينه جاز فكانه
اشتراه بمثله وملكه ضمانه وذلك جائز داخل في ولايته لان الاب يملك ذلك بمثل القيمة
كذا ذكر فخر الاسلام وغيره في شروح الجامع الصغير ثم اذا صح الرهن فان هلك في يد المرتهن
وبه وفا بالدين صار المرتهن مستوفيا دينه ويضمن الاب قيمته لولده قال صاحب الهداية
والوصي بمنزلة الاب في هذا الباب يعني اذا رهن الوصي متاع اليتيم بدينه جاز لان الرهن
لا يزيل الملك في الحال فالكتابة وهو ضامن له كذا في الشامل والفقيه ابو الليث ذكر الاستحسان في الوصي كما في الاب **قوله** لما بينا اشارة الي قوله وهذا نظر في حق الصبي **قوله**
وكذا لو سلطا المرتهن علي بيعه اي كان الاب والوصي يضمنان للصبي اذا هلك عين
الذي رهناه عند المرتهن فكذلك يضمنان اذا سلطا المرتهن علي بيعه فباعه قالوا
اصل هذه المسئلة البيع اي قال المشايخ اصل مسئلة رهن الاب او الوصي بدين نفسه متاع
الصغير البيع فانهما اذا باعا متاع الصغير ممن له دين عليهما تقع المقاصة بين الدين والثمن
علي قول ابي حنيفة ومحمد ويضمنان للصغير وعند ابي يوسف لا تقع المقاصة بل يبقي دين الغريم
علي الاب او الوصي كما كان ويكون الثمن للصغير علي المشتري فاذا ثبت هذا الاختلاف في
البيع ثبت في الرهن ايضا لان الرهن بما فيه بالنظر الي كونه مضمونا نظير البيع **قوله**
وكذا وكيل البايع بالبيع يعني اذا باع الوكيل ممن له عليه دين تقع المقاصة عندهما خلافا
لابي يوسف قال في كتاب الوكالة من الفتاوي الصغري والنسمة الوكيل بالبيع يملك اسقاط
الثمن عن المشتري بالاقالة والابرا والمقاصة بما علي الوكيل عندهما وقال ابو يوسف لا يملك
ذلك ثم قال فيها ثم وقوع المقاصة ان كان دين المشتري علي الموكل وهو مثل الثمن صار
قصاصا اجماعا وان كان دينه علي الوكيل فعلي الاختلاف وان كان دينه عليهما يصير قصاصا
اجماعا بدين الموكل اما عند ابي يوسف فظاهر واما عندهما فلان الثمن لو صار قصاصا بدين
الوكيل لاحتاج الي قضا الوكيل للموكل ولو صار قصاصا بدين الموكل لا يحتاج الي قضا آخر

فصورنا المسالة ولان الموكل يملك اسقاط الثمن عن المشتري ثم قال فيهما وفي نوادر ابن سماعة ان كان دين المشتري على الموكل فاراد ان يجعله قصاصا ليس له ذلك لان الموكل ليس له مطالبة المشتري بالثمن **قوله** واذا رهن الاب من نفسه او من ابن له صغير او عبد له تاجر لا دين عليه جاز وهذه المسايل من هنا الى قوله ويجوز رهن الدراهم والدنانير من مسايل الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة الجامع الصغير قال الحاكم الشهيد في مختصره المسمى بالكافي واذا رهن الاب من نفسه متاع الصغير او من ابن له آخر صغير متاع الصغير فهو جايز وكذلك لو رهنه من عبد له تاجر ليس عليه دين يعني ارتهن الاب متاع الصغير بدين للاب على الصغير ان باع الاب ماله من الصغير او رهن الاب متاع احد ابنيه الصغيرين من الاخر بان يكون لاحدهما دين على الاخر بان باع الاب مال احد الابنين من الاخر بان يقول مثلا بعت عبد ابني فلان او رهن الاب متاع الصغير من عبد تاجر للاب لا دين على العبد بان اشترى الاب متاع عبد التاجر الذي لا دين عليه لاجل ابنه الصغير فصار للعبد دين على الصغير فرهن الاب متاع الابن الصغير بدينه عند الاب وانما قيد بعدم الدين لان الشبهة فيه لانه حينيذ كونه ما في يده لمولاه ولكن لما جاز بيع الاب مال نفسه من ابنه الصغير جاز بيع مال عبده الذي لا دين عليه فاما اذا كان عليه دين لا يملك المولى ما في يده عند ابي حنيفة فيكون ما في يده كمال الاجنبي فيجوز شرا المولى منه بلا شبهة ثم انما جاز رهن الاب متاع الصغير من نفسه لانه يملك بيعه من نفسه فلذا يملك ان يرهن من نفسه لانه لكمال رايه وشفقته ينزل منزلة الشخصين من جانب الصغير في حق القبول منه وفي حق الايجاب عاقد لنفسه فنزل منزلة شخصين بخلاف الوصي فانه وكيل حقيقة وحقوق العقد راجعة اليه فلا يجوز ان يقوم مقام شخصين بحقوق متضادة في الجانبين كالوكيل في حال الحياة والاصل ما ذكر في الباب الحادي عشر من الزيادات على ترتيب محمد ان الواحد لا يتولى طرفي العقد الا الاب فانه يتولى طرفي بيع مال اليتيم من نفسه او بيع مال نفسه من اليتيم استحسانا لان البيع يوجب حقوقا متضادة فلا يجوز ان يكون الواحد بايعا ومشتريا ومطالبا وقابضا ومسلما ومستردا ومستنقصا ومخاصما ومخاصما الا الاب يبيع من ولده الصغير او يشتري مال ولده الصغير لنفسه فان ذلك صحيح والقياس انه باطل وهو قول زفر وعند الشافعي رحمه الله يجوز ان يبيع من ولده ولا يجوز ان يشتري منه ووجه الاستحسان ان الاب لكمال شفقته قام رايه مقام رايين فاذا قال اشهدوا اني بعت هذا بكذا او قال بعته من هذا بكذا وان لم يقل قبلت وكذا الجد ابو الاب بعد موت الاب وينبغي له ان يشهد لان معاملته للصغير لا تعرف من معاملته لنفسه وكان الاشهاد احوط وكذلك يبيع مال احد الولدين من الآخر واذا باع الوصي ماله من يتيم في حجره او اشترى مال اليتيم لنفسه لم يجز عندهما على كل حال لانه اجنبي وانما قام الاب مقام شخصين لكمال

شفقته

شفقته وصار الوصي كالوكيل وقال ابو حنيفة لا يجوز الا بنفع ظاهر وهو ان يبيع ما يساوي درهمين بدرهم او يشتري ما يساوي درهما بدرهمين او بدرهم ونصف ولذا ما يعد غبنا فاحشا فانه يعد نفعا ظاهرا هنا كذا ذكر فخر الاسلام في شرح الزيادات والحاصل ان الاب اذا اشترى مال الصغير بغبن يسير او باع ماله منه بغبن يسير جاز اما الوصي فانه لا يجوز ذلك منه على كل حال عندهما وقال ابو حنيفة يجوز اذا كان خيرا لليتيم وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وهو قوله الآخر ذكره القاضي للامام علاء الدين في زياداته وشمس الايمة السرخسي في شرح الوصايا الاصل وفسر شمس الايمة السرخسي في شرح ادب القاضي الخيرية بما اذا اشترى ما يساوي عشرة بخمسة عشر فصاعدا فهذا خير لليتيم وعادة لا واذا باع منه مال نفسه ما يساوي خمسة عشر بعشرة فهو خير وبما فوقه لا والفقيه ابو الليث ذكر في كتاب نكت الوصايا قول ابي يوسف مع محمد ثم قال ثم رجع ابو يوسف الى قول ابي حنيفة قال ولم يذكر رجوعه في سائر المواضع الا في هذا الموضع خاصة **قوله** فتولى طرفي العقد وهما الايجاب والقبول **قوله** ولو ارتهنه الوصي من نفسه ارتهن الوصي متاع الصغير بدين الوصي على الصغير او من ابنه او ارتهن الوصي متاع الصغير بدين ابنه الصغير على الصغير اليتيم او ارتهن الوصي متاع الصغير بدين عبد الوصي التاجر الذي لا دين عليه على اليتيم او رهن الوصي عينا للوصي بدين لليتيم على وذلك كله لا يجوز لان الواحد لا يتولى طرفي العقد قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي ولا يجوز للوصي ان يرهن متاع اليتيم من ابن له صغير ولا من عبد له تاجر وليس عليه دين لان الرهن منهما كالرهن من نفسه ولو رهن من نفسه لا يجوز لما عرف ان الشخص الواحد لا يصلح ان يكون عاقدا من الجانبين في عقود تتضمن حقوقا متباينة وهذا هكذا ولو رهن من ابن له كبير او رهن من ابن له او مكاتبه او عبد له تاجر عليه دين جاز لان العقد من هولاء ليس كالعقد من نفسه الا ترى انه ليس له ولاية عليهم بخلاف البيع من هولاء عند ابي حنيفة حيث لا يصح لانه انما لا يصح لمكان التهمة بان باع بمثل القيمة او باكثر من القيمة من هولاء يصح ولا يدخل التهمة في الرهن لانه حكمه على نمط واحد في الاحوال كلها فكان العقد مع الاجنبي والقريب سوا فلا يدخل تهمة كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي **قوله** والرهن من ابنه الصغير اي من ابن الوصي ومن عبده اي من عبد الوصي **قوله** بخلاف ابنه الكبير وابيه وعبده المضاف كلها راجعة الى الوصي **قوله** لان له حكما واحدا لان الرهن حكما واحدا وهو كونه مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين **قوله** وان استدان الوصي لليتيم في كسوته وطعامه ورهن به متاعا لليتيم جاز يعني اذا استقرض الوصي لاجل اليتيم في طعامه وكسوته دراهم او دنانير ورهن بذلك متاع اليتيم جاز وذلك لعموم ولاية الوصي على الصغير والرهن لايفا الحق فللوصي

ان يوفي الحق على الصغير من مال الصغير قوله وكذلك لو اتجر لليتيم فارتهن او رهن
يعني اذا اتجر الوصي لاجل اليتيم فباع متاعه فاخذ رهنا او اشترى لاجل اليتيم فرهن متاع
اليتيم جاز ذلك لان الاولى للوصي ان يتجر لاجل اليتيم تثميرا لماله والتجارة بيع وشرا
فلا بد من الادانة والرهن للاستيفاء والايفاء قوله واذا رهن الاب متاع الصغير فادرك
الابن ومات الاب ليس للابن ان يسترده حتى يقضي الدين وانما اطلق رهن الاب ولم يذكر
انه رهنه بدين نفسه او بدين الصغير لان الحكم واحد في الوجهين وكذلك الوصي اذا رهن
متاع الصغير ليس له ان يسترد الرهن حتى يقضي الدين بعد البلوغ لكن اذا كان الرهن
بدين الاب او الوصي فقضاه بعد البلوغ له ان يرجع في مالهما لانه مضطر في القضا قال الحاكم
في مختصر الكافي واذا رهن الوصي متاع اليتيم في نفقة اليتيم ادرك اليتيم فاجاز ذلك واراد
ان يبطل الرهن لم يكن له ذلك وذلك لان هذا عقد لازم قد صدر رهنه في حال ولايته عليه
فلا يملك ابطاله كما لو باع ماله او تصرف تصرفا عليه هو بسبيل منه قوله من جانبه
اي من جانب الصغير قوله لقيامه مقامه اي لقيام الاب مقام الصغير قوله ولو كان
الاب رهنه لنفسه فقضاه الابن يرجع به في مال الاب يعني اذا رهن الاب متاع ابنه
الصغير في دين نفسه لا في دين الصغير فقضاه الابن يرجع به في مال الاب وذلك لانه
قضى دينه وهو مضطر فيه احيا لحق نفسه فاشبه معير الرهن وكذا اذا هلك الرهن قبل
فكاك الرهن يرجع به الابن في مال الاب لانه عند الهلاك يصير الاب قاضيا دين نفسه
من مالية مال الابن فاستحق الابن الرجوع عليه قوله ولو رهنه بدين على نفسه وبدين
على الصغير جاز قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا رهن الاب متاعا لولده بمال اخذه
لنفسه ولولده الصغير جاز لانه لو رهنه بدين نفسه جاز وبدين الصغير جاز فكذا اذا
اجتمعا جوزا ايضا فلو هلك الرهن ضمن الاب حصة نفسه من الرهن للولد لان في حصته
صار قاضيا دينه من مال الولد وكذلك الوصي وكذلك الجد اب الاب اذا لم يكن له
وصي كذا في شرح الكافي قوله لاشتماله على امرين جائزين اراد بهما رهن الاب متاع
الصغير بدين نفسه وبدين الصغير قوله ولو رهن الوصي متاعا لليتيم في دين
استدانه عليه وقبض المرتهن ثم استعاره الوصي لحاجة اليتيم وضاع في يد الوصي فانه خرج من
الرهن وهلك من مال اليتيم وذلك لان رهن الوصي كرهن اليتيم واستعارته كاستعارته
ولو فعل ذلك اليتيم بنفسه بعد البلوغ ثم هلك الرهن لم يهلك على المرتهن فكذا هذا لانه انما
يهلك على المرتهن ان لو هلك في يده ولم يهلك في يده لا حقيقة ولا حكما لان يد الراهن يد نفسه
لانه مالك لا يد المرتهن لانه لا يصلح نائبا في ملكه عن غيره فانه ثبت انه هالك في يد
الراهن بيد الراهن بيد نفسه لانه مالك من كل وجه هلك عليه لا على المرتهن ولا يضمن الوصي

شيئا

شيئا لليتيم لانه انما استعاره لحاجة اليتيم لا لحاجة نفسه وله هذه الولاية وانما المانع حق
المرتهن وقد زال ذلك برضاه ويرجع المرتهن على الوصي بدينه لانه لم يسقط ثم يرجع به
الوصي على اليتيم لانه قضى دينه ولو ان الوصي استعار الرهن لحاجة نفسه ثم هلك في يده
ضمنه الوصي لانه ليس له ولاية استعمال مال الصغير في حاجة نفسه وكان متعديا فيضمن
قوله والحكم فيه هذا على ما ينسبه الى ما ذكره وهو انه يهلك من ماله اذا رهنه فاستعاره
فهلك في يده وانما ربقوله على ما نسبه الى ما ذكره بعد صفحة او ورقة في باب التصرف في الرهن
عند قوله واذا اعار المرتهن الرهن للراهن حيث قال فان هلك في يد الراهن هلك بغير شيء
لفوات القبض المضمون قوله ولو غصبه الوصي بعد ما رهنه فاستعمله لحاجة نفسه حتى هلك
عنده فالوصي ضامن لقيمته قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو رهن الوصي مال اليتيم ثم غصبه
واستعمله حتى هلك عنده فالوصي ضامن للقيمة لانه ليس بسبيل من هذا شرعا فصار متعديا
في حق المرتهن وفي حق الصبي جميعا اما في حق المرتهن فلانه غصبه واستعمله واما في حق الصبي
فلان الوصي استعمله في حاجة نفسه لا في حاجة الصبي فيجب عليه ضمان القيمة فيقضي الوصي بالقيمة
الدين ان كان حل الدين والقيمة سوا اداها الى المرتهن ولا يرجع على اليتيم بشيء لانه
وجب لليتيم على الوصي مثل ما وجب للوصي على اليتيم اعني ان الوصي وجب عليه باستعماله مال
اليتيم في حاجة نفسه لليتيم كما وجب على اليتيم للوصي بقضا الوصي دين اليتيم فصار احد
الدينين قصاصا عن الاخر فان كانت قيمة الرهن اقل من الدين ادى الوصي قدر القيمة الى المرتهن
فادى الباقي الى تمام الدين من مال اليتيم لان المضمون على الوصي بغصب الرهن قدر
القيمة لا غير وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين من القيمة الى المرتهن
والباقي بعد قدر الدين لليتيم لانه بدل ملكه وان كان لم يحل الدين حين هلك الرهن بعد
الغصب يكون القيمة رهنا عند المرتهن الى ان يحل الاجل لانها بدل الرهن فيكون مقامه
ثم اذا حل الاجل بعد ذلك فالجواب ما عرفته فيما اذا كانت القيمة مثل الدين او اقل منه
او اكثر منه قوله وان كانت قيمة الرهن اكثر من الدين ادى قدر الدين الى المرتهن وقد
وقع في بعض النسخ ادى قدر القيمة وذا ليس بشيء لان حق المرتهن ليس الا في قدر الدين
فكيف يؤدي اليه قدر القيمة وهي اكثر من الدين قوله فلو انه غصبه واستعمله لحاجة
الصغير حتى هلك في يده ضمنه لحق المرتهن ولا يضمنه لحق الصغير يعني ان الوصي يضمنه قدر
الدين وهو حق المرتهن لانه غصب حقه واستعمله ولا يضمنه الزيادة على قدر الدين وهي
حق الصغير لانه لم يوجد التعدي من الوصي في حق الصغير لانه استعمل مال الصغير في حاجة
الصغير غاية ما في الباب انه اخذ مال الصغير من يد المرتهن وله ولاية الاخذ بدليل
ما قال في كتاب الاقرار ان الاب او الوصي اذا اقر بغصب مال الصغير لا يلزمه شيء لانه

لا يتهم دعصه ان له ولاية الاخذ ثم اذا ضمنه لحق المرتهن ان كان مثل الدين وان كان
زائدا فهو لليتيم ويرجع الوصي بما اخذه المرتهن على الصغير لانه قضى دين الصغير ولم
يوجد منه التعدي في حق الصغير لان عمله وقع لاجل الصغير وهذا اذا كان حل الدين
فان كان لم يحل بعد يكون قيمة الرهن رهنا مقامه ثم اذا حل الدين باخذ المرتهن دينه
منها فيرجع الوصي بما اخذ المرتهن على الصغير لانه قضى دينه قوله لما ذكرنا اشارة الى
قوله لانه ليس بمتعد بل هو عامل له قوله قال ويجوز رهن الدراهم والدنانير والمكيل
والموزون اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان رهنه بجنسها هلكت بمثلها من الدين
وان اختلفا في الجودة وذلك لان الرهن يعقد للاستيفاء ويمكن استيفاء الدين من هذه
الاعيان فجاز رهنها ثم اذا هلكت بعد الرهن بجنسها هلكت بمثلها من الدين وان اختلفا في الجودة
لان الجودة لا قيمة لها اذا لاقت جنسها فيما يجري فيه الربا ولهذا يكون مثلها مع اختلاف
الصفة فكانه مثل الدين وهذا قول ابي حنيفة وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل عليه عشرة دراهم لرجل فرهنه ابريق فضة فيه عشرة دراهم فضاع
قال بما فيه ومعنى قوله فيه عشرة دراهم اي وزنه عشرة فاذا كان وزنه عشرة
احتمل ان يكون قيمته كذلك او اكثر او اقل فان كان مثله فلا يشكل لانه لا ربا فيه ولا
ضرر فصار كثوب قيمته عشرة وان كان اكثر فكذلك عندهم جميعا فاما عند ابي حنيفة
فانه يعتبر الوزن وهو مثل الدين وقضاء الدين بما هو اجود منه جائز ولذا عندهما
لان في قيمته وفاء وزيادة فبعضه هلك بالدين وبعضه امانة فلا بد من صحة الاستيفاء
وان كانت قيمته اقل فكذلك عند ابي حنيفة يصير مستوفيا لان استيفاء الجيد بالردي
صحيح ايضا فاما عندهما فانه يضمن قيمته ويكون رهنا مكانه ويرجع بالدين وهذه
المسئلة مذكورة في الزيادات والمبسوط على الاستقصاء ونحيله عن جميعها ان شاء الله تعالى
الى ما ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي في باب رهن الفضة بالفضة قال هذا
الباب يختص برهن كل شيء يقع فيه الربا بجنسه وهو مبني على اصول منها انه اذا رهن فضة
بفضة او ذهبا بذهب او حنطة بحنطة او شعيرا بشعير فهلك الرهن وقيمته مثل الدين
وقدره كقدره هلك بالدين في قولهم لان هلاك الرهن يقع به الاستيفاء واستيفاء الرهن
بهذا الدين جائز فان كانت قيمته اكثر من قيمة الدين وقدره مثل وزن الدين هلك
بالدين في قولهم لان من اصل ابي حنيفة اذا لاقت الجودة جنسها فيما يثبت فيه الربا لا قيمة
لها فكانه مثل الدين وعلى قولهما ان الجودة كزيادة وزن فلو كان الوزن زائدا هلك
بعضه بالدين وبعضه بالامانة واما اذا كانت قيمته اقل من قيمة الدين فهلك ذهب
بالدين عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد يضمن المرتهن مثله ان كان له مثل وقيمته

حسن

ابو يوسف ومحمد ظ

اذا

ان لم يكن له مثل من غير جنسه ويرجع بالدين قال وهذه المسئلة مبنية على اختلافهم فيمن له
على رجل دراهم جياد فاستوفى منه زيوفا وهو لا يعلم بها فانفقها قال ابو حنيفة لا يرجع بشيء
وقالا يرد مثل الزيوف وياخذ الجياد لابي حنيفة ان الفسخ لا يجوز ان يقع فيما لم يقع عليه
القبض كما لا ينفسخ العقد فيما لا يقع عليه العقد ولا يجوز ان يرجع بالنقصان لما فيه من الربا
فلم يبق الا ان يسقط حقه وجه قولهما ان حقه في الوزن والجودة وقد استوفى احدهما فبقي
الاخر ولا يمكن استيفاؤه الا بغرامة مثل المقبوض والرجوع بحقه واذا ثبت هذا في مسئلة
الدين قال ابو حنيفة هلاك الرهن استيفاء من طريق الحكم فهو كالاستيفاء من طريق المباشرة
فلا يرجع بشيء وقالا يغرم ما استوفاه ويرجع بحقه فان قيل لا يشبه مسئلة الرهن ما ذكرتموه
من قبض الدين لان تلك المسئلة موضوعة على انه قبض الزيوف وهو لا يعلم بها ولو قبضها
وهو عالم بها لم يكن له الرجوع وفي مسئلتنا قبض الرهن اودون من حقه وهو عالم به فالجواب
انه لم يقبض الرهن ليهلك حتى يصير راضيا بالاستيفاء وانما قبضه للحبس فلذلك
لم يلزم هذا السؤال واما اذا دخل في الرهن نقص بغير فعل المرتهن فقد ذكر في الاصل
عن ابي حنيفة انه يضمن قيمته فيكون رهنا وان كان وزنه اكثر من الدين ضمن بقدر الدين
وروى ابن سماعة عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في الاملاء وفي نوادره انه لا ضمان على المرتهن
ويقال للراهن اد الدين كله وخذ الرهن وهي رواية بشر في الاملاء وفي نوادره عن
ابي يوسف عن ابي حنيفة وكذلك روى علي بن الجعد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة والحسن
بن زياد عن ابي حنيفة وقال محمد المرتهن وان كانت قيمته مثل الدين ضمنه المرتهن وان
كانت قيمته اكثر من الدين ووزنه كوزن الدين فقد اختلفت الرواية عن ابي يوسف
فروى محمد عن ابي يوسف انه يضمن منه مقدار المضمون من القيمة وروى بشر عنه
انه يضمن قيمته وجه رواية الاصل ان الرهن مضمون بالقبض كالغصب ومعلوم ان
الغصب يستوي فيه ان يكون النقص بفعل الغاصب او بغير فعله فكذلك الرهن وجه
الرواية الاخرى ان الرهن مضمون بغيره كالمبيع ومعلوم ان النقص اذا حصل بغير
فعل البائع لم يضمن فكذلك هذا واما وجه رواية محمد عن ابي يوسف ان الرهن اذا
كان وزنه مثل الدين وقيمته اكثر ضمن منه مقدار الدين من قيمته لان زيادة الجودة
عنده كزيادة الوزن واما وجه رواية بشر عنه ان الجودة تبع للعين واذا كان
وزن العين مثل الدين ضمن جميعه فكذا لو كانت مثل الدين في الجودة وقد قال ابو حنيفة
ان الرهن اذا كان مثل وزن الدين وهو اجود من الدين فان جميعه مضمون ولا
اعتبار بالجودة لانها اذا لاقت جنسها فيما فيه الربا لا قيمة لها وقال ابو يوسف
زيادة الجودة كزيادة الوزن لان لها قيمة بدلالة ان من كسر آنا مصوغا ضمن

الجودة كما يضمن الوزن واما محمد فجعل الجودة تابعة للوزن وجعل المضمون من الوزن
الا ان يكون الدين اكثر من الوزن فجعل المضمون منهما لاجل الضرورة فلم يتعلق بالتبع حكم
عند عدم الحاجة وعلق به حكم عند الحاجة اليه وقد قال محمد في الرهن اذا دخله عيب وجودته
مثل الدين او اكثر ان للراهن ان يتركه على المرتهن بدينه ومنع ابو حنيفة وابو يوسف ذلك لان
قبض الرهن لا يتعلق به التمليك كقبض المودع بخلاف قبض الغاصب لانه وقع موجبا للتمليك
فكان للمالك اختيار التمليك عند النقص واما محمد فقال بانه ضمان يتعلق بالقبض كالغصب
واذا ثبتت هذه الاصول قلنا لا يخلو اما ان يكون وزن الرهن مثل الدين او اقل او اكثر
فان كان مثل الدين فلا يخلو اما ان يكون مثله في الجودة او ادون او اجود وان كان وزنه
اكثر من الدين فلا يخلو اما ان كانت قيمته اكثر من وزنه او مثل وزنه او اقل من وزنه مثل
الدين او اقل من وزنه واقل من الدين او اقل من وزنه واكثر من الدين وان كان وزنه اقل
من وزن الدين فلا يخلو اما ان يكون قيمته اقل من وزنه او مثل وزنه او اكثر من وزنه
واقل من الدين او مثل الدين او اكثر من الدين فهي ثلاثة عشر فصلا كل واحد منها لا يخلو
الرهن فيه من هلاك او نقص فذلك ستة وعشرون فصلا فالقسم الاول اذا كان وزن
الرهن مثل الدين وقيمته كذلك وهو ان يكون الدين عشرة ووزن الرهن عشرة
وقيمته عشرة فلا يخلو اما ان هلك او انكسر فان هلك هلك بالدين في قولهم جميعا
لانه مثل وزنه وجودته فوقع به الاستيفاء وان انكسر ضمن قيمته بالانكسار في احدى
الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف وقال محمد للراهن ان يملكه بدينه
على الاصل الذي قدمنا وان كان وزنه مثل الدين وقيمته اقل وهو ان يكون ثمانية
فان هلك هلك بالدين عند ابي حنيفة لان الجودة لا قيمة لها فيصير مستوفيا للعشرة
الردية بالجيدة وعلى قولهما يضمن قيمته من الذهب ويرجع بدينه واما ان انكسر
من حق المرتهن الا ان يرضى المرتهن بذلك فيكون راضيا بالتزام حقه واما اذا كانت
قيمته اكثر من الوزن مثل ان يكون اثني عشر فان هلك هلك بالدين عند ابي حنيفة
لان الجودة لا قيمة لها عنده وعند محمد ان الجودة لا اعتبار لها ههنا لانها فاضلة
عن الدين فهي امانة فاما على قول ابي يوسف فالجودة مضمونة كالوزن فقد قيل
على قوله هلك خمسة اسداسه بالدين وسدسه بالامانة وكان الوزن اثني عشر
وفي هذا شبهة لانه يصير مستوفيا لثمانية ودانقين بعشرة وهذا ربا ويجاب
عنه بان الاستيفاء من طريق الحكم يجوز فيه ما لا يجوز في الاستيفاء بالمباشرة بدلالة
ان المسلم فيه لا يجوز ان يستوفي به غيره وهو بهلاك الرهن به صار مستوفيا وقد
قيل على قوله يضمن المرتهن خمسة اسداس القلب من الذهب ويرجع بدينه

حتى

حتى لا يؤدي ذلك الى الربا واما اذا انكسر فله ثلاثة احوال اما ان يذهب بالانكسار
بعض الجودة فتبقى قيمته احد عشر او كل الجودة فتبقى قيمته عشرة او اكثر من الجودة فتبقى
قيمته ثمانية وفي جميع الاصول عند ابي حنيفة يضمن جميعه لان المضمون عنده الوزن والجودة
لا اعتبار لها وعند ابي يوسف في احدى الروايتين يضمن خمسة اسداسه لانه يجعل زيادة
الجودة كزيادة الوزن وفي الرواية الاخرى يضمن جميعه لان الوزن مثل الدين والجودة
تبع واما على قول فان نقص من القيمة درهم او درهمان فلا ضمان على المرتهن ويملكه الراهن
بجميع دينه لان عنده الجودة الفاضلة عن مقدار الدين امانة وان نقصت القيمة من الوزن
كان للراهن ان يملكه الرهن بدينه لانه يدفع اليه اجود من حقه وله ان يتركه بجميع الدين
ويسقط حقه من الانكسار وقد قيل على قوله ان له ان يضمنه لان في التمليك اسقاط حقه من
الجودة نصا وكقول ابي حنيفة واما القسم الثاني وهو ان يكون الدين عشرة والوزن ثمانية
وهو على خمسة فصول ان كانت قيمته اقل من وزنه مثل ان يكون ستة فان هلك هلك بثمانية
عند ابي حنيفة وعلى قولهما يغرم قيمته من الذهب ويرجع بدينه وهذا على ما قدمنا وان
انكسر ضمن قيمته في احدى الروايتين عن ابي حنيفة وهو قول ابي يوسف واما محمد فلا يمكنه
ان يجبره في التمليك لانه لا يجوز ان يملكه المرتهن بدينه ادون منه الا برضاه فلا بد من
التضمين على قوله واما اذا كانت قيمته مثل وزنه فهلك هلك بمثل وزنه في قولهم وان
ضمن عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد له ان يملكه بثمانية من الدين لانه مثله في
الوزن والجودة وان كانت قيمته اكثر من وزنه واقل من الدين مثل ان يكون تسعة هلك
بثمانية عند ابي حنيفة لان الجودة لا يعتبرها وعلى قولهما يضمن قيمته لحق الراهن حتى يستوفي
منه اجود من حقه وان انكسر ضمن قيمته في قولهم لان جميعه مضمون الا ان يرضى الراهن ان
يملكه قيمته في دينه فيجوز ذلك عند محمد وان كانت قيمته مثل الدين وهو ان يكون عشرة
فان هلك هلك بثمانية عند ابي حنيفة لان المعتبر عنده بالوزن واما ابو يوسف ففي اصله
ان المضمون خمسة اسداسه فقد قيل يهلك خمسة اسداسه بالدين وان كان اقل من
الدين وزنا على ما بينا في الاستيفاء من طريق الحكم وقد قيل عنه انه يضمن فيه خمسة اسداسه
من الذهب ويرجع بدينه على الراهن حتى لا يؤدي الى الربا واما ان انكسر فجميعه مضمون
عند ابي حنيفة لان المعتبر عنده الوزن وقال ابو يوسف يضمن خمسة اسداسه لان الجودة
عنده كالوزن وعلى رواية بشر يضمن جميعه لان الجودة تبع للوزن واما محمد فقال
ان نقص بالانكسار درهم او درهمان لم يضمن لان ما زاد على الدين امانة عنده وان نقص
اكثر من ذلك ضمن الا ان يختار تمليكه بدينه واسقاط الجودة واما القسم الثالث
اذا كان وزنه اكثر من الدين وهو ان يكون اثني عشر فان كانت قيمته مثل وزنه

هلك وذهب خمسة اسداسه بالدين وسدسه امانة في قولهم فان انكسر ضمن خمسة اسداسه
في قول ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد له ان يملكه خمسة اسداسه بالدين لانه مثل حقه
واما ان كانت قيمته اقل من وزنه واكثر من الدين مثل ان يكون وزنه اثني عشر وقيمته احد عشر
فان هلك هلك بالدين خمسة اسداسه عند ابي حنيفة ولا رواية عنهما في هذا الفصل وقد
قيل ينبغي ان يضمن خمسة اسداسه ويرجع بدينه وقيل على قياس قولهما هلك بالدين قال
القدوري وهو غلط لانا ان جعلنا جميعه هالكا بالدين ادى الى ان يستوفي اكثر من حقه وان
جعلنا بعضه هالكا بالدين وهو مثل وزنه ادى الى استيفاء اقل من حقه واما ان انكسر ضمن
خمسة اسداسه الطلب عند ابي حنيفة لانه لا يعتد بالجودة وكذا يجب ان يكون على قول
ابي يوسف لانه لا جودة في الرهن فيعتبر الوزن وعلى قول محمد لا يجوز التمليك لان الوزن
ادون من الدين وقد قيل على قياس قولهما يغرم عشرة اجزاء من احد عشر جزءا من الرهن لانه
لا يعتد بالجودة قدر المضمون وهذا يؤدي الى اسقاط الوزن واعتبار الامانة في القيمة
واما ان كانت قيمته مثل الدين عشرة فهلك هلك خمسة اسداسه بالدين عند ابي حنيفة
وعندهما يغرم جميع قيمته والتمليك لا يمكن عند محمد وقد قيل على قولهما يغرم خمسة اسداسه
واما ان كانت قيمته اقل من الدين مثل ان يكون ثمانية فان هلك ذهب خمسة اسداسه بالدين
عند ابي حنيفة وان انكسر ضمن خمسة اسداسه وعندهما يضمن قيمته في الحالين وقيل يغرم
خمسة اسداسه واما ان كانت قيمته خمسة عشر فهلك هلك خمسة اسداسه بالدين عند ابي حنيفة
وعلى قولهما يحتمل ان يقال يضمن خمسة اسداسه ايضا لان محمدا جعل فضل القيمة اذا لم
تدع الضرورة اليه امانة وابو يوسف قد قيل على قوله انه يعتبر الوزن والجودة تبع
وقيل انه يضمن مقدار الدين من القيمة ويجيء على قول محمد ان يملكه ان اختار لانه لا جودة
من حقه وان انكسر ضمن عند ابي حنيفة خمسة اسداسه وعند ابي يوسف يضمن ثلاثة لانه
يجعل الجودة كالوزن وعلى الرواية الاخرى يضمن خمسة اسداسه وعند محمد ان
نقص مقدار الجودة لم يعتد به وان نقص من الوزن فان شاء ملكه خمسة اسداسه بالدين
وان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء غرمه قيمته خمسة اسداسه حتى لا يسقط حقه من الجودة
قال العبد ودي وتعدادت هذه الفصول على ما ذكره الشيخ ابو الحسن الكرخي في الباب
وبقي الكلام في فصل واحد وهو ان كل موضع ضمن المرتهن بعض القلب بالانكسار وملك
ما ضمن بالضمان وصار شريكا في بقية الرهن فعلى الرواية التي قال ان الاشاعة في حال
البقاء تبطل الرهن يقطع القلب فيعزر منه ما ملكه المرتهن ويكون ما بقي مع القيمة التي
غرمها المرتهن رهنا حتى لا يؤدي الى الاشاعة وعلى الرواية التي قال ان الاشاعة في حال البقاء
لا تؤثر لا يحتاج الى القطع ويكون المرتهن شريك الراهن في القلب قوله وهي مثل الدين

في الاول

في الاول اي القيمة مثل الدين في الوجه الاول وهو ما اذا كانت قيمة الرهن مثل وزن
الرهن قوله وزيادة عليه في الثاني اي القيمة زيادة على الدين في الوجه الثاني وهو
ما اذا كانت قيمة الرهن اكثر من وزنه قوله فهو على الخلاف المذكور يعني عند ابي حنيفة
يكون مستوفيا بالوزن وعندهما يضمن القيمة من خلاف جنسه ويكون رهنا مكانه ويرجع
بالدين قوله ويجعل مكانه ثم يتملكه اي يجعل قيمة الابريق مكان الابريق رهنا ثم يتملك
الراهن تلك القيمة ويرجع المرتهن عليه بدينه او يتملك المرتهن الابريق الذي ضاع نصه
لانه يؤدي بدله وهذا اوجه عندي لانهم قوله واستيفاء الجيد بالردي جائز كما اذا
تجاوز به هكذا وقع في عامة النسخ وصوابه ان يقال واستيفاء الردي بالجيد جائز بدلالة
السياق والسياق اما الاول فان المسئلة في استيفاء الابريق الذي قيمته اقل من عشرة لرداءته
بالعشرة الجيدة واما الثاني فان قوله تجوز به دليل على ذلك لان التجوز يستعمل في
المسامحة في الاستيفاء وانما يسامح في استيفاء الردي بالجيد ولا حاجة الى المسامحة في عكسه
قوله وقد حصل الاستيفاء بالاجماع وهذا يحتاج الى نقضه بيانه ان قبض الرهن قبض
جملة الاستيفاء على وجه يصير حقيقة الاستيفاء عند الهلاك وقد حصل الاستيفاء بالهلاك
بالاجماع بدلالة ان الاستيفاء لا يرتفع الا بنقض الاستيفاء برد الرهن الى الراهن ولم يوجد
النقض بالوزن ثم نقضه بالضمان متعذر لان الضمان لا بد له من مطالب ومطالب ولا يمكن
تحقيق هذا المعنى في الشخص الواحد للتنافي بيانه ان ضمان قيمة الابريق لو وجب على المرتهن
كان هو مطالبا بالضمان بفتح اللام فان كان هو نفسه مطالبا بالكسر يلزم التنافي ولا يجوز
ان يكون من مطالبه الراهن لان الضمان لمراعاة حق المرتهن لا لحق الراهن فكيف يطالبه
الراهن لحق المرتهن ولان الانسان انما يضمن لاجل غيره لا لاجل نفسه وضمان المرتهن
هنا لاجل نفسه ولا نظير له في الشرع فلم يستقم القول به ومتى تعذر التضمين عليه تعذر
النقض فيقرر الاستيفاء ولانه انما نقص استيفاؤه واذا لم يرض به وقد رضي به لانه لما
باشر عقد الرهن مع علمه انه عقد فيه نقص الى حقيقة الاستيفاء بالهلاك فقد رضي به لو وقع
استيفاء فلا يجوز نقضه ضاررا لو استوفى حقه في الحال دون الزيوف وهو عالم به قوله وقيل
هذه فرعه ما اذا استوفى الزيوف اي اخره اي هذه المسئلة بناء على مسئلة قبض الدين زيفا
مكان الجيد وقد مر ذلك قبل سبعة اوراق قال صاحب الهداية انما لا يصح يعني لو كانت
هذه بناء على تلك لكان قول محمد هنا مثل ما كان ثمه وليس كذلك لان محمدا ثمه مع ابي حنيفة
وهنا مع ابي يوسف بل هذه المسئلة ابتدائية والفرق لمحمد بين المسئلتين ان في مسئلة الدين
قبض الزيف لاستيفاء حقه من عينه والزيف ليس بمانع من الاستيفاء فكان الزيف من جنس الحق
وقد تم الاستيفاء بالهلاك وفي مسئلة الرهن ما قبض الرهن ليستوفي حقه من عين الرهن

بل تبعه وثيقة حتى يستوفي حقه من غير الرهن فاذا ضاع الابريق الردي وهو الرهن
بعض القبض لانه تمكن بقبضه تضمين المرتهن لقيمته هذا معنى كلام المصنف في بيان قول
محمد ونحن لا نسلم مكان النقص لما مر قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات في هذا
المقام من اصحابنا من قال هذا فرع مسئلة الجامع الصغير اذا استوفى الزيوف مكان الجياد
بدينه وذكر الخلاف المشهور ثم قال فان قيل قول محمد هنا لك مع ابي حنيفة وههنا مع ابي يوسف
قيل له روى عيسى بن ابان عن محمد في ذلك مثل قول ابي يوسف يعني يصح البنا على رواية
عيسى قوله عنده بالتضمين اي عند محمد بتضمين المرتهن قوله ولو انكسر الابريق الى اخره
يعني هذا الذي ذكرنا فيما اذا هلك الرهن اما اذا انكسر فلا يجبر الراهن على فك الرهن
باداء الدين الى المرتهن فيما اذا كانت قيمة الرهن مثل الوزن لانه ان ذهب بانتقاص شي
من الدين صار ربا وان لم يذهب فات حق الراهن في الجودة فوجب التخيير كما لو انكسر
عند الغاصب فان شا افتكه ناقصا بجميع الدين ولا شي له فان ابى فله ان يضمنه قيمته
بخلاف جنسه فيكون رهنا مكانه وان شا من جنسه عند ابي حنيفة وابي يوسف ويملكه
المرتهن وعند محمد له ان يجعله بالدين ملكا للمرتهن ويذهب الدين كذا ذكر فخر الاسلام
البزدوي في شرح الزيادات وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو
انكسر لا يجبر على الفكاك لانه لا يخلو اما ان يذهب شي من الدين لنقصانه او لا يذهب
لا وجه الى ان يذهب شي من الدين لانه يصير قاضيا دينه بالجودة على الانفراد والجودة
لا قيمة لها عند الانفراد ولو الزمناه الفكاك من غير ان يذهب شي من الدين مع النقصان
حقيقة ادى الى الضرر فخيرناه ان شا افتكه ناقصا وان شا ضمنه قيمته من خلاف جنسه
ويكون القيمة رهنا عند المرتهن والمكسور عند المرتهن بالضمان وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد ان شا افتكه ناقصا وان شا جعله بالدين وجه قول محمد ان حالة الانكسار
تعتبر بحالة الهلاك ثمه مضمون بالدين لا بالقيمة بالاجماع فكذا هنا وهذا لان عينه
تغير بالانكسار مجازا فيصير في معنى الهلاك فيعتبر بالهالك الحقيقي ولانه بنفس القبض
صار مضمونا بالدين بالاجماع على وجه تقرر هذا الضمان بالهلاك فلا يجوز ان يكون
مضمونا بالقيمة لان العين الواحد لا يجوز ان يكون مضمونا بضمانين مختلفين وجه قولهما
ان هذا يصلح ان يكون مضمونا بالقيمة ولهذا يكون مضمونا بالقيمة بالاجماع موضع يكون
قيمته اقل من وزنه ولان طريق صيرورته مضمونا بالدين ان يجعل مضمونا بالقيمة
ثم يتقرر بالدين لانه عقد استيفاء وسقوط الدين في الاستيفا الحقيقي هذا ان يجعل مضمونا
بالقيمة عليه من وجه فثبت ان هذا القبض يصلح سببا لضمان القيمة ويصلح سببا
لضمانه بالدين ولكن جعله مضمونا بالقيمة في حال قيامه اولى لانا لو جعلناه مضمونا بالدين

في حال قيامه ادى الى غلوق الرهن وهو ان يكون في يد المرتهن ولم يقدر على تخليصه
وهو حكم جاهلي مردود في الشرع بقوله عليه السلام لا يغلق الرهن ولو جعلناه مضمونا
بالقيمة لا يؤدي الى غلوق الرهن لانتقال حكم الرهن الى مثله ولانه لو جعل بالدين في حالة
القيام ينبغي ان يجعل على الوجه الذي جعل في حالة الهلاك وقد جعل في تلك الحالة بالدين
من حيث المالية مع بقا العين على ملك الراهن ولهذا كان الكفن على الراهن لو كان عبدا
ولو جعل هكذا في حالة القيام بمعنى ان يجعل على الوجه الذي جعل في حالة الهلاك وقد
جعل في تلك الحالة بالدين لا يفيد لانتقاض الاستيفا عند عود العين الى المالك
اذ المالية لا تنفصل عن العين في حالة القيام وقال في الشامل واذا انكسر فعن ابي حنيفة رض انه
ذكر في الاصل يضمن قيمته مصوغا من خلاف جنسه فيكون رهنا ويملك القلب وعنه انه
لا يضمن بالانكسار شيا وانما يضمن اذا كسره وجه رواية الاصل انه قبض تعلق به الضمان
فجعل كقبض الغصب والغاصب يضمن قيمة المكسور اذا انكسر بغير فعله وجه الرواية الاخرى
ان الرهن غير مضمون نفسه بل بغيره فكان كالمبيع في يد البايع قوله لا يجبر على الفكاك
اي لا يجبر الراهن على فك الرهن يعني لا يجبره المرتهن على ذلك قوله لما فيه من الضرر
اي في الافتكاك مع النقصان ضرر بالراهن لانه يفوت حقه في الجودة فخيرناه اي الراهن
خلاف في خيار الراهن وانما الخلاف في كيفية الخيار فعندهما ان شا افتكه ناقصا بجميع الدين
وان شا جعله بالدين اي ملك الراهن المرتهن الابريق بدينه قوله افتكه بما فيه اي
افتكه الراهن الابريق المنكسر ناقصا كما هو بالدين الذي هو مرهون فيه يعني بجميع الدين
معناه ان الراهن يفك رهنه اي يخلصه باداء جميع الدين الى المرتهن وفي الوجه الثالث وهو
ما اذا كانت قيمته اقل من وزنه بما بينه انما تقدم الوجه الثالث على الوجه الثاني لان للوجه
الثالث مناسبة بالوجه الاول من حيث انهما قالا هو يصلح ان يكون مضمونا بالقيمة فيما
اذا كان وزنه وقيمته سوا كما اذا كانت اقل من وزنه قال الحاكم الشهيد ولو انكسر يضمن
قيمته من خلاف جنسه او من جنسه رديا مثله ويكون رهنا عنده يعني في صورة الانكسار
وهذا بالاتفاق اما عندهما فلا اشكال كما اذا كانت قيمته مثل وزنه وكذلك عند محمد
لانه تعتبر حالة الانكسار بحالة الهلاك وعند الهلاك يكون عنده مضمونا بالقيمة لا بالدين
فكذا في الانكسار ولا يمكنه جعله بالدين بان يملكه بدينه لانه ادون من حق المرتهن
الا ان يرضى المرتهن بذلك فيكون راضيا بدون حقه قوله وفي جميع قيمته بالغة
ما بلغت بخلاف جنسه ويكون رهنا عنده وعند ابي يوسف يضمن خمسة اسداس قيمته
بخلاف جنسه ان شا الراهن فيكون خمسة اسداس المنكسر ملكا للمرتهن بالضمان وما ضمنه
مع سدس من المنكسر بجميع الدين ويسدس المنكسر يكون حتى لا يبقى الرهن شايعا وان شا

الراهن افتكه بجميع الدين وقال محمد ان كان النقصان درهمين او اقل اجبر الراهن
على الفكاك وان زاد عليه خير الراهن ان شاء افتكه بجميع الدين وان شاء جعله بالدين
كان وزنه وقيمته سواء كذا في الزيادات والحاصل ان عند ابي حنيفة لا عبرة بالجودة والرداءة
في هذا الباب بل العبرة بالوزن فان كان باعتبار الوزن كله مضمونا جعل كله مضمونا
اعني فيما اذا كان وزن الرهن مثل الدين وان كان بعضه مضمونا لا الزايد كما اذا كان
وزن الرهن اكثر من وزن الدين فتنقسم الجودة على المضمون والامانة فما كان بمقابلة
المضمون يكون مضمونا وما كان بمقابلة الامانة يكون امانة وفي مسئلتنا كل الرهن مضمون
لان وزن الرهن مثل وزن الدين فمتى صار الذات مضمونا استحال ان يكون الوصف
امانة لان الجودة تابعة لكونها وصفا والتابع لا يخالف الاصل وعند ابي يوسف تعتبر
الجودة وتجعل زيادة القيمة كزيادة الوزن كان وزنه اثني عشر لان الجودة عبارة
عن كمال المالية ومتى كان اصلها فيه معتبرا فكذا كمالها معتبرا ايضا الا انا اعتبرناها
بالتضمين عند المقابلة بخلاف جنسها واعتبرناها في عقود المريض مرض الموت حتى جعلناها
بمنزلة الوصية عند خلوها عن المقابلة ولكن لم نعتبرها عند المقابلة بجنسها لانها ليست
بمتقومة ولكن لان الشرع جعل المساواة في الذات شرطا لجواز العقد فيها ولم يكتف
بمقابلة الوصف بالذات بيعا ولانها لا تصلح مقابلة بالذات لتفاوت بين الوصف والذات
فاما ان تكون الجودة في نفسها هدرا فلا وعند محمد لا عبرة بالجودة بتعدد الامانة ويصرف
الامانة اليها والضمان الى الوزن الا اذا بقي شي من الضمان ورد الوزن حينئذ
يصرف فضل الضمان اليه لان الجودة متقومة كما قال ابو يوسف ولكنها ليست
في التقوم والمالية كالذات لان الوصف قايم بغيره والذات قايم بنفسه ولانها وصف
الذات والاوصاف توابع والذوات اصول والحكم الاصلي في الرهن المضمونية لانه
عقد ضمان وعقد استيفاء ومعنى الامانة فيه تابع فمهما امكن صرف الحكم الاصلي الى ما هو
الاصل في الباب كان اولى من صرفه الى التابع ولا يستقيم الصرف اليهما لانه يلزم معارضة
الاصل والتابع وهو باطل فوجب صرف الضمان الى الذات وصرف الامانة الى الجودة
وما امكن الا ان يفضل شي من الضمان حينئذ يجب صرفه الى الجودة لانه لا معارض كذا في
شرح الكافي وقال في المختلف وهنا اختلاف في اختلاف فاحدهما ان عند ابي حنيفة وابي يوسف
الهلاك بالدين والانكسار بالقيمة لا بالدين وعند محمد اذا كان الهلاك بالدين فالانكسار
بالدين وان كان الهلاك بالقيمة فالانكسار بالقيمة والاختلاف الثاني ان عند ابي حنيفة ان
كان الوزن مضمونا فالصياغة كذلك تبعا له حتى لو كان الوزن مثل الدين وقيمة الصياغة
اكثر ضمن جميع قيمته وعند ابي يوسف الصياغة لعينها مال قايم والضمان فيهما جميعا

وعند

وعند محمد يصرف الضمان الى الوزن والامانة الى الصياغة له ان الامانة تابعة في الرهن
والصياغة تابعة للوزن فيصرف التابع الى التابع والاصل الى الاصل ولابي يوسف ان
الصياغة متقومة ولهذا قلنا ان المريض مرض الموت اذا باع ابريق فضة وزنه مائة وقيمته
بصياغته مايتان بمائة اعتبر من الثلث كما لو تبرع من العين ولابي حنيفة ان الصياغة
لا على الانفراد الا ترى ان من كسر ابريق فضة لرجل لم يكن للمالك ان يمسك العين ويضمنه
قيمة الصياغة واذا لم يكن لها قيمة عند الانفراد وجب اتباعها الوزن لانه الاصل المعتبر
ثم طريق معرفة خمسة اسداس الوزن ان تنقص من الوزن الذي هو عشرة سدسه وهو
درهم وثلثا درهم فيبقى خمسة اسداسه وهي ثمانية دراهم وثلث درهم وذلك لان العشرة
ستة فيكون قيمة خمسة اسداس الابريق عشرة قوله وفي بيان قول محمد نوع طول
يعرف في موضعه من المبسوط والزيادات مع جميع شعبها وشعبها ستة وعشرون فصلا ذكرها
القدوري وتقدم بيان ذلك قبل هذا وانما لم يذكر صاحب الهداية بيان قول محمد مع ما ذكر
ان فيه طولا يعرف في المبسوط والزيادات هضما لنفسه واعترافا منه انه لم يخرج جميع
البيان وفوق بيانه بيان اخر يعرف ذلك في كتب المتقدمين واشارة الى انهم مع الذين
حازوا الاصول والفروع وموضع اقدامهم في التصنيف حتى رعب الحلق في كتب السلف ولا
تهرب كتابهم بالمجلدات والمختصرات فما احسن ما قيل الفضل للمتقدم قوله قال ومن
باع عبدا على ان يرهنه المشتري شيئا بعينه جاز اي قال القدوري في مختصره ولفظه فيه
ومن باع عبدا على ان يرهنه المشتري بالثمن شيئا بعينه فامتنع من تسليم الرهن لم يجبر عليه وكان
البايع بالخيار ان شاء رضي بترك الرهن وان شاء فسخ البيع الا ان يدفع المشتري الثمن
حالا او يدفع قيمة الرهن رهنا الى هنا لفظ المختصر والاصل في هذا انه اذا شرط الرهن
في عقد البيع فالقياس ان يبطل العقد لانه شرط فيه شرطا لا يقتضيه العقد وفيه منفعة
للبايع فصار كانه قال على ان تقرضني عشرة دراهم وانما استحسنوا في جوازه لان الثمن
الذي به رهن وكفيل اوثق من الذي لا رهن فيه ولا ضمين فصار الرهن صفة للثمن فشرطه
لا يفسد العقد كالجودة وانما شرط في المسئلة ان يكون الرهن معينا لانه اذا لم يكن معينا
صار كانه ذكر ثمنا موصوفا بصفة مجهولة وذلك يفسد العقد وانما لم يجبر على تسليم الرهن
على خلاف ما قاله زفر لان الرهن لا يتعلق الاستحقاق بحقه الا ترى ان صحته تقف
على القبض فلا يجبر عليه كالرهن المنفرد وجه قول زفر ان هذا الرهن صار من حقوق البيع
فاذا امتنع منه المشتري اجبر عليه كساير حقوق البيع وهذا لا يصح لان الرهن عقد تبرع
والعقود لا يكون بعضها من حقوق بعض واذا ثبت انه لا يجبر على تسليم الرهن ثبت للبايع
الخيار لانه وصف مرغوب فاذا لم يسلم ثبت له الخيار لفقده فان دفع المشتري الثمن

حالا سقط الخيار لان المقصود من الرهن الاستيفا وقد استوفي حقه عاجلا فهو اولي من
الرهن وان دفع اليه قيمة الرهن جاز لانها قايمة مقام العين فكانه سلم العين التي شرطها
رهنا فلا يكون للبايع خيار في فسخ البيع وقال القدوري في شرحه في باب الشروط التي تفسد
البيع قال اصحابنا يقال للمشتري اما ان تدفع الرهن او قيمته او تدفع الثمن او تفسخ البيع
فان امتنع من احد هذه الوجوه لم يمكن من ذلك لا في دفع الرهن ولا في بالشرط في العقد
وفي دفع قيمته ايفا حق البايع لان حقه في الرهن استيفا الدين من ثمنه وهذا موجود في القيمة
وفي دفع الثمن ما يغني عن التوثق به فان لم يسلم للبايع احد هذه الوجوه وهو لم يرض بالثمن
المطلق كان له ان يفسخ قوله وفيه منفعة لاحدهما اي وفي الشرط المذكور وهو شرط رهن
شي بعينه منفعة لاحد المتعاقدين ولا يقتضيه العقد قوله انه شرط ملايم للعقد وذلك
لانه يوكد موجب العقد لان المقصود بالرهن والكفالة التوثق بالثمن فصار كاشتراط
الجودة وان كان الكفيل حاضرا في المجلس والرهن معينا اعتبرنا فيه المعني الي اخره يعني
ان الكفالة والرهن باعتبار نفسه لا يلايم العقد ولكن يلايمه باعتبار حكمه لانه عقد وثيقة
ومعني التوثق يلايم الوجوب فاذا كان الرهن معينا والكفيل حاضرا اعتبر المعني
فصح العقد واذا كان الكفيل والرهن مجهولا او كان الكفيل غايبا عن المجلس حتي افترقا اعتبر
عينه وهي مفسدة للعقد قوله قال ومن اشتري شيا بدراهم فقال للبايع امسك هذا
الثوب حتي اعطيك الثمن فالثوب رهن اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اشتري من رجل شيا بدراهم فقال له المشتري
امسك هذا الثوب حتي اعطيك الثمن قال هذا رهن الي هنا لفظ اصل الجامع الصغير
ولم يذكرهنا اختلافا كما تري وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وقال
ابو يوسف في الامالي ان اعطاه ثوبا وقال امسك هذا حتي اعطيك مالك فان ابا حنيفة
قال هو رهن وقال ابو يوسف لا يكون رهنا وهو وديعة وان قال امسك هذا الثوب
بمالك حتي ادفع اليك او قال امسك هذا رهنا حتي ادفع اليك فهذا رهن في قول
ابي حنيفة وابي يوسف جميعا الي هنا لفظ الفقيه وجه قول ابي يوسف الاخر ان الامساك
للعين يحتمل الرهن ويحتمل الحفظ بسبيل الوديعة فلا يثبت الرهن بالشك ويحمل علي
الوديعة لانها الاقل لكونها غير مضمونة ما لم يقم الدليل علي ارادة الاكثر وجه الظاهر
ان هذا الكلام يودي معني الرهن وحكمه لان حكمه الامساك الدايم الي قضا الدين وقوله
امسكه حتي اعطيك مالك دل علي الرهن لانه مد الامساك الي الاعطا فصار الحكم بحكم الرهن
كالتكلم بصيغته كرجل قال ملكتك عبدي هذا بالف درهم فانه يكون بيعا لان العبرة
في العقود للمعاني ولهذا كانت الكفالة بشرط براة الاصيل حوالة والحوالة بشرط عدم

براة

براة الاصيل كفالة قول محمد مضطرب كذا في المختلف فصل لما ذكر حكم رهن
الواحد شرع في بيان الرهن والراهن والمرتهن اذا كانا اثنين لان الواحد قبل الاثنين
قوله ومن رهن عبدين بالف فقضي حصته احدهما لم يكن له ان يقبضه حتي يودي باقي الدين
وهذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وحصة كل واحد ما يخصه اذا قسم الدين علي
قيمتهما ثم يا لحصتي من المال الثلث او الربع بالحا المهملة اي اصابني فصار في حصتي وذلك لان
الصفقة متحدة ومن حكم اتحاد الصفقة ان يكون كل الرهن محبوسا بكل جزء من الدين الا تري
ان في البيع اذا ادي بعض الثمن لم يكن له ان يقبض المبيع فكذلك هنا لان فيه تفريق الصفقة
علي المرتهن وهذا اذا لم يسم لكل واحد من اعيان الرهن شيا من المال الذي رهنه به فكذلك اذا
سمي علي رواية الاصل وعلي رواية الزيادات له ان يقبضه اذا ادي ما سمي له وقال شيخ الاسلام
علا الدين الاسبيجابي والصحيح ما ذكر في الاصل لانه عرضه من هذا الفصل المقابلة في حق
الضمان ولكن علي وجه يقع الوثيقة بالجملة فلو جعلناه سبيل من استرداد البعض عند قضا بعض
المال لبطل معني الوثيقة وهو الحجر الحاصل عن الكل وقد مر تمام البيان مرة في اوايل باب
الرهن عند قوله وان كان الرهن في يده ليس عليه ان يمكنه من البيع حتي يقضيه الدين وينظر
ثمه قال الكرخي في مختصره واذا رهنه عبدين او ثوبين او كر طعام او كر شعير بالف درهم ولم
يسم لكل واحد من ذلك شيا من الدين جعله رهنا به فسبيل ذلك ان يقسم الدين علي قيمة تلك
الاشيا فما اصاب كل عبد او كل ثوب او كل كر فهو مضمون بالاقل من تلك الحصة التي حصته
بالقسمة ومن قيمته نفسه الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان الدين لما كان في مقابلة الرهن
والضمان منقسم وجب ان ينقسم علي المتفقين بالاجزا وعلي المختلفين بالقيمة كما ينقسم الثمن
علي المبيع بالقيمة ولما ان سمي لكل واحد منهما حصة من الدين لم يعتبر القيمة وكان كل واحد
منهما مضمونا بالاقل من قيمته ومما سمي له لانه جعل في مقابلته مقدار التسمية فلا يعتبر القيمة
كالمسعين اذا سمي لكل واحد منهما ثمنا كذا ذكر القدوري في شرحه وقال الحاكم الشهيد في
الكافي ولو رهنه شاتين بثلاثين درهما احدهما بعشرين والاخري بعشرة ولم يبين هذه من
هذه لم يجز الرهن وذلك لانه لم يبين المقابل بالعشرة من الاخري فصار المرهون في حق الضمان
مجهولا وهي جهالة تفضي الي المنازعة عند هلاك احداهما فاوجب فساد العقد ولذلك في
حق الاسترداد ولو سمي كان جايزا وايهما هلكت هلكت بما فيها والاخري رهن بما سمي لها قوله
وجه الاول اي وجه رواية الاصل قوله ان العقد متحد يعني انه عقد واحد وليس بعقدين
لاتحاد الايجاب والقبول والتفصيل في الدين لا يجعله في معني عقدين كما لو بيع المضاف الي محلين
لا يكون بيعين عند تفصيل الثمن حتي لو اراد المشتري ان يقبل العقد في احدهما دون الاخر لم يجز
وكذلك لا يكون سبيل من قبض احدهما دون الاخر فكذا في الرهن لان الدين في الرهن كالثمن

في البيع لتعلق الرهن به وقد مر ذلك فيما تقدم قوله وجه الثاني اي وجه رواية
الزيادات قوله لو قبل الرهن في احدهما جاز يعني اذا قال رهنتك هذين العبدين
بالف كل واحد منهما بخمسمائة فقبل المرتهن احدهما دون الآخر صح بما سمي له من الحصة
فكذلك في الاسنان يحتمل التفريق وفي البيع لو قبل احدهما لم يجز التفريق فكذلك في الاثنين وقد
مر هذا من قبل قوله قال فان رهن عينا واحدة عند رجلين بدين لكل واحد منهما
عليه جاز وجميعها رهن عند كل واحد منهما اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره اذا ارتهن رجلان من رجل رهنا بدين لهما عليه هما فيه شريكان او لكل
واحد منهما عليه دين لا شركة لصاحبه فيه فان الرهن جائز فان ادى الراهن الى احد
المرتهنين ماله عليه واراد ان يقبض بعض الرهن فليس له ذلك وللمرتهن الآخر ان يمسك
جميع الرهن حتى يستوفي ماله على الراهن الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان المقصود
بالرهن الوثيقة ويمكن ان يجعل جميع الرهن وثيقة لهذا وجميعه وثيقة لهذا فلا يؤدي
ذلك الى الاشاعة فيصح الرهن وليس هذا كهبة الواحد من الاثنين عند ابي حنيفة لان المقصود
بالهبة الملك ويستحيل ان يكون جميع العين ملكا لهذا ولهذا ولا بد ان يكون كل واحد
منهما مالكا للنصف فيحصل تمليكه في مشاع فلا يصح الهبة واذا ثبت انه رهن عند كل واحد منهما
كان المضمون على كل واحد حصة دينه على اصلنا ان المضمون الاقل من قيمة الرهن ومن الدين
قوله فان تهايئا فكل واحد منهما في نوبته كالعدل في حق الآخر قال في الايضاح فاذا
تهايئا فامسكه هذا يوما والآخر يوما فان كل واحد منهما في اليوم الذي يمسكه كالعدل
في حق الآخر واذا هلك صار كل واحد منهما مستوفيا بقدر حصته لان الاستيفاء مما يقبل
الوصف بالتجزي قوله قال والمضمون على كل واحد منهما حصته من الدين اي قال
القدوري في مختصره قوله فان اعطى احدهما دينه كان كله رهنا في يد الآخر اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان جميع العين رهن عند كل واحد منهما فاذا استوفى احدهما
تبقى العين عند الآخر بحاله وعلى هذا حبس المبيع اذا اشترى الاثنان من الواحد فادى
احدهما حصته من الثمن كان للبائع ان يحبس المبيع بنصيب الآخر كما اذا اشترى الواحد
من الاثنين فادى الى احدهما لم يكن له ان يقبض نصيبه كذا ذكر القدوري في شرحه وقال
في الشامل ولو قضى دين احدهما ليس له اخذ شيء منه لما عرف انه رهن عند كل واحد بتمامه
فان هلك عنده بعدما قضى دينه يسترد ما اعطاه كما لو كان واحدا قوله وان رهن
رجلان بدين عليهما رجلا رهنا واحدا فالرهن جائز والرهن رهن بكل الدين وللمرتهن
ان يمسكه حتى يستوفي جميع الدين وهذه المسئلة ليست بمذكورة في الجامع الصغير ومختصر
القدوري وانما ذكرها الكرخي في مختصره قال وان رجلان رهنا رجلا بدين عليهما رهنا واحدا

وهو

وهو عبد او عبدان والدين عليهما في صفقة واحدة او كان على كل واحد منهما دين على حدة
فذلك جائز وان ادى احدهما ما عليه لم يكن له ان يقبض من الرهن شيئا وللمرتهن ان
يمسك جميع الرهن حتى يستوفي جميع الدين الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان رهن
الاثنين من الواحد يحصل به القبض من غير اشاعة فصار كرهن الواحد من الواحد ولا
اعتبار باختلاف الدين واتفاقه وانما المعتبر باتفاق صفقة الرهن الا ترى ان الواحد
اذا رهن من الواحد رهنا بدينين بهما في صفقتين جاز لاتفاق صفقة الرهن ولو رهن
بدين واحد عينا واحدة في صفقتين لم يصح لاختلاف صفقة الرهن فدل على ان اختلاف
صفقة الدين لا يؤثر فاما اذا ادى احدهما فليس له ان يأخذ نصيبه لان في ذلك تفريق
الصفقة على المرتهن في الامساك وهذا لا يجوز كما لو كان الراهن واحدا قوله فان اقام
الرجلان كل واحد منهما البينة على رجل انه رهن عبده الذي في يده وقبضه فهو باطل
وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل في يديه عبدا قام رجل البينة انه رهنه اياه وقبضه واقام رجل آخر البينة انه رهنه
اياه وقبضه قال هذا باطل كله الى هنا لفظ الجامع الصغير وقال الفقيه ابو الليث
قال في كتاب الشهادات ان الرهن في القياس باطل وفي الاستحسان جائز وبالقياس نأخذ
وجه الاستحسان انه يجوز ان يكون الشيء رهنا عند رجلين فيكون لكل واحد منهما
نصفه بنصف حقه وجه القياس انه لو قبلت البينتان يقضي كل واحد منهما بالنصف
فيصير كانه ارتهن كله ثم استحق عليه النصف ولو ارتهن عبدا ثم استحق نصفه بطل الباقي
لمكان الشيوع فكذا هاهنا ولا يجعل كانه رهن منهما لان كل واحد منهما اثبت ببينته
رهن الكل فلو جعل كانه رهن منهما كان هذا قضاء بخلاف الدعوى وهذا معنى قوله
لان كل واحد منهما اثبت ببينته حبسا يكون وسيلة الى مثله في الاستيفاء وهذا القضاء
يثبت حبسا يكون وسيلة الى شطره في الاستيفاء قوله وبهذا القضاء اي بالقضاء
بجعله مرهونا من اثنين يلزم حبس هو طريق الى شطره من الاستيفاء وذلك عمل بخلاف
الحجة وهو باطل والتنصيف عند المزاحمة واجب ان امكن وقد تعذر ههنا لمكان
الشيوع باثبات الصفقتين في الرهن بخلاف المسئلة المتقدمة فان صفقة الرهن
ثمة متحدة فلم يثبت الشيوع فلما تعذر العمل بالبينتين تهاترا كرجلين اقام كل واحد
منهما بينة على مرأة تدعيها بالنكاح انه باطل كله وكذلك اختان اقاما البينة على رجل
بالنكاح انه باطل كله لتعذر العمل بالتنصيف وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي وهذا على وجوه اما ان يكون في يد الراهن او في ايديهما او في يد احدهما
وارخا او لم يؤرخا اما اذا كان في يد الراهن وارخا وتاريخ احدهما اسبق يقضي لاسبقهما

تاريخا لانه اثبت العقد من قبل الراهن وفي وقت لا ينازعه صاحبه وكذلك ان ارخ احدهما ولم يؤرخ الآخر لانه ظهر العقد في حق احدهما من وقت التاريخ وفي حق الآخر للحال اما اذا لم يؤرخا لم يقض لواحد منهما في القياس وفي الاستحسان يقضى بينهما رهنا واحدا ذكر الاستحسان في كتاب الشهادات وكذلك ان ارخا وتاريخهما سوا وجه الاستحسان ظاهر لانه متى لم يثبت سبقهما صار كانهما وقعا في حالة فصار في الحكم كانه رهنه منهما كما اذا ادعيا تلقي الملك بشرا من رجل فاما البينة تجعل في الحكم كانه باع منهما جملة حتى يقضى بينهما نصفين وجه القياس اظهر لانه لا وجه للقضا منهما بما تبين البينتين فلا يقضى لانه لا يخلو اما ان يقضى برهن الجميع لكل واحد منهما جميعا ولا وجه اليه لانهما لم يدعيا هكذا لان كل واحد منهما ادعى رهنا على الانفراد ولا وجه الى ان يقضى لكل واحد منهما برهن على حدة ثم نصف حكم المزاحمة كما في الشراء لانه انما يستقيم ذلك في عقد او حكم عقد قابل للتنصيف وحكم الشرا قابل للتنصيف في حق كل واحد منهما في العين لاستوائهما في الحجة والرهن غير قابل للتنصيف فيتعذر التنصيف وبالقياس اخذ لانه اصح ولو كان في ايديهما هكذا الجواب الا اذا ارخا وتاريخ احدهما اسبق ولو كان ارخ احدهما دون الآخر هكذا الجواب لانه في حق الذي ارخ اجتمع تاريخ ويد والمراد سبق معنى فصار كانهما ارخا على السوا ولو كان في يد احدهما يقضى لصاحب اليد سوا ارخ الآخر او لم يؤرخ لان اليد لا تعارض بالتاريخ لاحتمال سبقه على التاريخ الا اذا قام الآخر البينة انه عقد قبل قبضه هذا اذا كان الراهن حيا ولو مات الراهن فبيانه في المسئلة التي تلي هذه قوله قال ولو مات الراهن والعبد في ايديهما فاقام كل واحد منهما البينة على ما وصفنا كان في يد كل واحد منهما نصفه رهنا بحصة حقه استحسانا اي قال محمد في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة قال كان الراهن مات والعبد في ايديهما فاقاما البينة على ما وصفت لك فالقياس في هذا ان يكون باطلا ولكني استحسن ان يكون نصف العبد رهنا لهذا ونصفه رهنا لهذا يبيع كل واحد منهما نصفه بحقه الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير ولم يذكر ابي يوسف في الجامع الصغير وانما ذكر في كتاب الرهن وقال الرهن باطل عند ابي يوسف وقول محمد مع ابي حنيفة كذا ذكر الفقيه ابو الليث وقال شيخ الاسلام علا الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ذكر الكرخي قول محمد مع ابي يوسف في هذه المسئلة وجه القياس ان الحبس للاستيفا حكم مقصود بعقد الرهن فيكون القضا به قضا بعقد الرهن لا محالة والقضا بعقد الرهن على سبيل الشياع بينهما باطل فكذلك القضا بحكمه وجه الاستحسان وهو قول ابي حنيفة ومحمد ان العقد مطلوب بحكمه والحكم بعد الموت وهو الاستيفا بالبيع لا يبطل بالشياع والشركة فصح القضا بالعقد الذي هو سببه وهو الرهن واما حال الحياة فالمقصود منه

الحبس

الحبس والحبس في المشاع لا يجوز وهذا كما قالوا جميعا في كتاب النكاح ان رجلين لو اقام كل واحد البينة على امراة انه تزوجها ولم تكن المراة في بيت واحد منهما لا تقبل بينتهما ولو اقاما البينة بعد موتها قبلت بينتهما وكذلك اذا ادعت اختان كل واحدة منهما نكاحا قبل رجل واحد واقامتا البينة ان كان في حال الحياة لا يقضى لهما وبعد الممات تقبل البينة لان المقصود في حال الحياة الحل وهو لا يحتمل الشركة وبعد الموت المقصود الميراث وهو ما يحتمل الشركة والشياع واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير في هذا المقام سوالا وجوابا فقال فان قيل انما يثبت حق البيع اذا ثبت الرهن ولا يثبت الرهن في المشاع قيل له الرهن لا قرار له بعد الموت والمقصود فيه البيع فيعتبر حال البيع ولا يعتبر حال الحبس ثم قال الفقيه اعلم ان كثيرا من مسايل هذا الكتاب يعني كتاب الجامع الصغير فيها قياس واستحسان الا انه لم يذكر في الكتاب القياس ولا الاستحسان فكانه اجاب عن الاستحسان وترك ذكر القياس والاستحسان الا في ثلاثة مواضع في موضع منها ذكر القياس خاصة وفي موضع منها ذكر الاستحسان خاصة وفي موضع ذكر القياس والاستحسان كليهما فاما الموضع الذي ذكر القياس خاصة ففي باب الصلاة قال اذا صلوا على الجنازة ركبانا في القياس يجزيهم ولكن لا يجزيهم فاضمر فيه الاستحسان ولم يذكره واما الموضع الذي ذكر الاستحسان خاصة ففي باب الاجارات قال اذا استاجر الظئر بطعامها وكسوتها يجوز استحسانا او قال استحسن كذلك ولم يذكر القياس واما الموضع الذي ذكر القياس والاستحسان جميعا فهو هذه المسئلة قال القياس فيها ان يكون باطلا ولكن استحسن ان يكون نصف العبد رهنا لهذا ونصفه رهنا لهذا وفي ساير المواضع اضمر القياس والاستحسان ولم يظهر

باب الرهن

يوضع على يدي العدل لما ذكر حكم الرهن اذا كان في يد المرتهن ذكر حكمه اذا كان في يد العدل وهو الذي وثق الراهن والمرتهن بكون الرهن في يده نايب عن المرتهن والنايب يتقوى بالمنوب لا محالة قوله قال واذا اتفقا على وضع الرهن على يدي العدل جاز اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي قبض العدل الرهن بمنزلة قبض المرتهن في حكم صحته وضمانه بالذي اذا هلك بلغنا ذلك عن ابرهيم والشعبي وعطا والحسن وقال ابن ابي ليلى ان هلك في يدي العدل لم يبطل الدين وان مات الراهن فالمرتهن اسوة للغرما فيه وذلك لانه لم يكن في يده فقد بطل الرهن والحاصل ان الرهن هل يتعلق بوصف الصحة واللزوم بقبض العدل عندنا يتعلق وعنده لا يتعلق هو يقول وجود الرهن بقبض المرتهن ولم يوجد لا حقيقة ولا تقديرا لان العدل نايب عن الراهن لا عن المرتهن لان المالك هو الراهن لا المرتهن وكيف يكون نايبا عن المرتهن والعدل نصب ليحفظ عنه في حال لا يؤتمن عليه ولهذا لو حقه منها ن ثان هلك في يده ثم جا مستحق واستحقه

يرجع به على الراهن دون المرتهن ونحن نقول قبض العدل كقبض المرتهن فيتم به الرهن
كما لو امره بالقبض بنفسه تنصيصا وهذا لان غرضهما تحقيق عقد الرهن لان الكلام فيما
اذا رهنه وامر العدل بقبض الرهن ولا يتحقق رهنا الا بقبض المرتهن كما قال فوجب جعل
العدل نائبا عن المرتهن في القبض واسكن جعله نائبا عنه لان المالية كالمشترك بين الراهن
والمرتهن لاحدهما من حيث العين وللآخر من حيث اليد فان المرتهن كالمالك للعين من حيث
اليد والراهن مالك لها من حيث الرقبة فوجب جعله نائبا عنهما في حق العين عن الراهن وفي
حق اليد عن المرتهن تحقيقا لغرضهما وهو تحقيق عقد الرهن وانما لا يرجع بالضمان على المرتهن
لانه لحقه الضمان بسبب العين وهو في حق العين نائب عن الراهن واذا تم الرهن بقبض
العدل لزم الرهن ولزم التسليط عندنا لتعلق حق المرتهن به فكان هو احق به من سائر
الغرماء لو مات الراهن لاختصاصه به قوله وقال مالك لا يجوز ذكر قوله في بعض النسخ
وكان صاحب الهداية شك في قول مالك هنا حيث قال ذكر قوله في بعض النسخ لان مالكا
لا يشترط القبض في الرهن على ما قال صاحب الهداية في اول الكتاب وقال مالك يلزم
بنفس العقد فاذا كان كذلك كان ينبغي ان لا يشترط قبض العدل اصلا ونحو ان يكون
عن مالك روايتان في اشتراط القبض في الرهن وقال الشيخ ابو الفضل الامام في اشارات
الاسرار الرهن يتم بقبض العدل خلافا لمالك لان يده يد المالك فلا يتم به الرهن وانا
نقول يده على الصورة يد المالك وعلى المعنى يد المرتهن فينزل منزلة التحصين ولكن
قال مالك في المدونة ولا يتم رهن الا بقبضه وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال
اصحابنا جميعا ان وقع عقد الرهن بين رجلين على ان يجعلا ذلك على يدي عدل بينهما
فذلك جائز وهو مقبوض وقبض المرتهن وقبض العدل بمنزلة واحدة في صحة الرهن
لان قبضه للمرتهن ويد العدل للمرتهن الا ترى ان المرتهن لو اراد نقض الرهن وابطال
يد العدل كان له ذلك وان الراهن لو اراد ذلك لم يكن له فعلت بهذا ان اليد في الرهن
للمرتهن وحق له دون الراهن وان كان للراهن في ذلك حق متعلق وذلك بمنزلة المشتري
للدار الملك له واليد وان كان للشفيع فيها حق الشفعة وكذلك عبد جنى جناية فالملك
واليد لمولى العبد وان كان في العبد حق لولي الجناية الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله
قال وليس للمرتهن ولا للراهن ان ياخذه اي قال القدوري في مختصره وانما لم يكن
لواحد منهما ان ياخذ الرهن من العدل لان لكل واحد من الراهن والمرتهن حقا في الرهن
للراهن في العين وللمرتهن في اليد فلا يجوز لاحدهما ان يبطل حق الآخر قوله فلو هلك
في يده هلك في ضمان المرتهن فكانه في يد المرتهن لان يد العدل يد المرتهن في حق المالية
مضمونة بالاقل من قيمة الرهن ومن الدين قوله ولو دفع العدل الى الراهن او الى المرتهن

ضمن

ضمن وهذه من مسائل الاصل قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا دفعه العدل الى الراهن
او الى المرتهن كان ضامنا له وذلك لانه مودع منهما جميعا مودع من الراهن في حق العين
ومودع من المرتهن في حق اليد وليس للمودع ان يودع وكذلك اذا استودعه رجل فلو
وضعه عند امراته او اجيره او بعض من هو في عياله لم يضمن لانه مامور بالحفظ المعتاد والحفظ
المعتاد في هذا ان يحفظه بيده او بيد من هو في عياله واذا كان رجلين والرهن مما لم يقسم
فوضعاه عند احدهما كان جائزا ولا ضمان عليه لانهما اتيا بالحفظ المطلوب منهما لان حفظهما
لا يتاتى في مثل هذا الا بالتهايؤ في زمانا لانه يتعذر عليهما اجتماعهما على حفظه آناء الليل والنهار
فكان الحفظ الممكن منهما عادة هذا وقد اتيا به وان كان مما يقسم فاقتسماه وكان عند كل
واحد منهما نصفه لانه لما اضاف الحفظ اليهما اقتضى هذا انقسام الحفظ عليهما فكانه قال
احفظا كل واحد منكما طائفة من العين فان وضعاه عند احدهما ضمن الذي وضع حصته
عند صاحبه في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه وقد مر في كتاب الوديعة
انهما هل يملكان التهايؤ في الحفظ فيما يحتمل القسمة فعند ابي حنيفة لا يملكان وعندهما يملكان
والادلة ذكرت ثمة ولكن يضمن كل واحد منهما بما دفع لا بما اخذ لان كل واحد منهما مودع
المودع فيما اخذ ومودع المودع لا يضمن عند ابي حنيفة قوله واذا ضمن العدل قيمة
الرهن بما دفع الى احدهما اي الى الراهن او المرتهن وقد استهلكه المدفوع اليه وهو
الراهن او المرتهن او هلك في يديه اي في يد المدفوع اليه لا يقدر ان يجعل القيمة رهنا
في يده اي لا يقدر العدل ان يجعلها رهنا في يد نفسه لانه اذا جاز ذلك يلزم ان يكون
العدل قاضيا ما وجب عليه بالضمان مقتضيا له وهو محال للتنافي بين ان يكون الواحد
مسلما ومتسلما ولكن يتفق الراهن والمرتهن على ان ياخذ القيمة من العدل ثم بعد ذلك
يجعلان تلك القيمة رهنا عند ذاك العدل او عند غيره وان تعذر اجتماع الراهن والمرتهن
يرفع الامر الى القاضي احدهما اما الراهن او المرتهن حتى يفعل القاضي ذلك اعني ياخذ
القيمة الواجبة على العدل بالضمان منه ثم يضعه عنده رهنا ولو فعل القاضي ذلك ثم قضى
الراهن الدين ينظر ان كان ضمان العدل بسبب الدفع الى الراهن كانت القيمة
سالمة لان القيمة كانت بدل الرهن وقد وصل الرهن الى الراهن فلم يكن وجه في ان ياخذ
الراهن القيمة لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك رجل واحد وان كان ضمان العدل
بسبب الدفع الى المرتهن ياخذ الراهن القيمة من العدل لانه ادى الدين الى المرتهن
فلو كان الرهن قائما في يد العدل كان ياخذه اذا ادى الدين فكذلك ياخذ قيمة الرهن
لانه لا يجتمع البدل والمبدل هنا في ملك واحد ثم هل يرجع العدل بذلك على المرتهن
قال في الذخيرة ان كان العدل دفع الرهن الى المرتهن على وجه العارية او الوديعة

وهلك في يده لا يرجع وان استهلكه المرتهن يرجع عليه لان العدل باداء ضمان الراهن
الي الراهن ملك الرهن وتبين انه اعاره او اودع ملك نفسه فان هلك في يده لا يضمن وان
استهلكه يضمن وان كان العدل دفعه الي المرتهن رهنا بان قال هذا رهنك خذه بحقك
واحبسه بدينك يرجع العدل عليه بقيمته استهلكه المرتهن او هلك لانه دفع اليه علي وجه
الضمان واذا دفع العدل الرهن الي اجنبي وديعة من غير ضرورة فهو ضامن لان العدل
امين في حق الرهن فكان الجواب فيه كالجواب في المودع قوله يدفع احدهما الي القاضي
برفع الدال علي انه فاعل اي يدفع الامر الي القاضي احد هذين المذكورين وهما الراهن والمرتهن
حتي ياخذ القيمة من العدل ويضعها رهنا عنده وظن بعضهم ان احدهما منصوب علي معني
ان العدل يدفع احدهما وذلك ليس بشيء لان العدل هو الضامن للقيمة فبعد ان يدفع
الضامن لمطالبة نفسه الخصم الي القاضي قوله قال واذا وكل الراهن المرتهن او العدل
او غيرهما ببيع الرهن عند حلول الدين فالوكالة جائزة اي قال القدوري في مختصره وتمامه
فيه فان شرطت في عقد الرهن فليس للراهن ان يعزل الوكيل وان عزله لم ينعزل وذلك
لان الاذن في البيع توكيل من الراهن للعدل بالبيع وتوكيله جائز كما لو وكله من غير
رهن وليس للراهن فسخ هذه الوكالة اذا كانت مشروطة في العقد لانها اذا شرطت فيه
صارت من حقوقه الا تري ان الرهن الموكل ببيعه اوثق من الرهن الذي لم يوكل ببيعه فاذا
صارت الوكالة من حقوق الرهن لم يكن للراهن ابطاله كما ليس له ابطال القبض وكذلك
المرتهن لا يملك فسخ هذه الوكالة لان العدل وكيل بالبيع لغيره قال الحاكم الشهيد في
الكافي وليس للعدل بيع الرهن ما لم يسلط علي بيعه لانه مامور بالحفظ فحسب وان كان
رهن علي انه مسلط علي بيعه فابي ان يبيعه فرفعه المرتهن الي القاضي اجبره القاضي علي
بيعه بعد ان تقوم البينة علي ذلك بخلاف سائر الوكلاء بالبيع فانه لا يجبر لو امتنع وذلك
لانه معين ولم يتعلق بهذه الاعانة حق اما هنا فانه معين تعلق حق الغير به فجاز ان
يجبر عليه ابقاء لحق الغير لانه قد التزم ذلك وصار نظير الكفالة ولانه اذا كان شرطا
في الرهن وقد شرع ذلك توثيقا لنفس الرهن صار من اوصاف الرهن فلزم كاصله
فان كان هذا التسليط مشروطا في العقد يلزم لكتبتين وان كان غير مشروط لمكنته
واحدة كذا في شرح الكافي قوله فليس للراهن ان يعزل الوكيل اي بدون رضا المرتهن
لانهما اذا اتفقا علي ذلك جاز قوله الا تري انه اي ان عقد الوكالة قوله فيلزم
بلزوم اصله اي يلزم عقد الوكالة بلزوم اصله الذي هو الرهن قوله وصار
كالوكيل بالخصومة بطلب المدعي قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي وهذا كما قالوا في
الوكيل بالخصومة ان المدعي اذا طالب خصمه عند توكيله فنصب له وكيلا لم يجز

للموكل

للموكل عزله لان حق الخصم تعلق بهذه الوكالة حين ثبت مطالبته ولو كان وكله ابتداء
بالخصومة من غير مطالبة جاز عزله حين لم يتعلق بالوكالة حق الخصم قوله ولو وكله
بالبيع مطلقا حتي ملك بالنقد والنسيئة ثم نهاه عن البيع نسيئة لم يعمل نهيه قال القدوري
في شرحه قال محمد في الزيادات للعدل ان يبيع بالنقد والنسيئة لعموم الامر الا ان يكون
نهاه الراهن عند عقد الرهن ان يبيع بنسيئة لانه حينئذ وكله وكالة خاصة وان كان اطلق
الوكالة ثم قال له بعد ذلك لا تبع بالنسيئة فبيعه بالنسيئة جائز لان اطلاق الامر اقتضي جواز
البيع بالنسيئة وهو لا يملك تغيير ما اقتضته الوكالة وهذا لان عقد الوكالة صار لازما بلزوم
اصله لكونه مشروطا في عقد الرهن فلزم اصله فكذا لزوم وصفه وهو الاطلاق حيث لم
يتقيد بالنقد بما نهي عن النسيئة فهذا الذي ذكرنا مذهبنا فعلي مذهب الشافعي رحمه الله
للموكل عزل العدل وان شرطت الوكالة في عقد الرهن ذكره في شرح ابي نصر قياسا
علي سائر الوكالات والفرق ظاهر لان سائر الوكالات لم يتعلق بها حق الغير خلاف ما نحن
فيه قوله وان مات الراهن لم ينعزل وهذا لفظ القدوري في مختصره اي لم ينعزل
العدل بموت الراهن قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره لو مات الراهن او مات المرتهن
او ماتا فان العدل علي امره في امساك الرهن وبيعه وذلك لان الوكالة المشروطة
في الرهن من حقوقه فلا تبطل بموت الراهن كالقبض ولا تبطل بموت المرتهن لانه ليس بموكل
وليس كالوكالة المبتداة بعد الرهن لانها لما لم يشترط فيه لم تكن من حقوقه فجاز للموكل
العزل عنه ولان عقد الوكالة لو بطل بموت الراهن بطل حق الورثة كما في سائر الوكالات
تبطل بموت الموكل حيث ينتقل الملك الي الورثة ولا رضا لهم بالبيع واما ههنا فلا اعتبار
بحق الورثة لان حق المرتهن متقدم علي حقهم قوله وللوكيل ان يبيعه بغير محضر
من الورثة اي للوكيل الذي هو عدل ان يبيع الرهن بالوكالة المشروطة في عقد الرهن
بغير محضر من الورثة الراهن الذي مات كما كان يبيعه بغير محضر منه في حال حياته
ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رهن رجلا جارية وجعله
مسلطا علي بيعها ثم مات الراهن قال للمرتهن ان يبيعها بغير محضر من ورثة الراهن قوله
فيبقي بحقوقه واوصافه اي يبقي عقد الرهن بالحقوق والحبس والاستيفاء والوكالة
واوصافه اللزوم وجبر الوكيل علي البيع اذا ابي والبيع بالنسيئة وحق بيع الولد وحق
صرف الفداء بالدنانير قوله وان مات الوكيل انتقضت الوكالة ولا يقوم وارثه
ولا وصيه مقامه قال الكرخي في مختصره ولو مات العدل بطل ما جعل اليه من ذلك ولم يقم
وارثه في ذلك مقامه ولا وصيه وقال الحاكم الشهيد في الكافي وان مات العدل بطل
تسليطه علي البيع والرهن علي حاله وذلك لانه توكيل والوكالة مما يبطل بموت الوكيل

لانه لا يجري فيها الوراثة لان هذا حق عليه والوراثة انما تجري فيما له لا فيما عليه ولانه
رضيا برايه لا براي غيره ولكن الرهن على حاله لان التسليط على البيع امر زايد فيه فلا يبطل
ببطلانه الرهن فان اوصى الوكيل العدل ببيعه لم يجز لانه لم يعتمد على اقامة غيره مقام نفسه في
حال الحيوة فلانه لا يملك بعد الوفاة وقد بطلت ولايته اصلا اولى كذا في شرح الكافي وقال
في الذخيرة اذا كان العدل وكيلا في بيع فاوصى الوكيل بيعه لم يجز الا ان يكون الراهن قال
له في اصل الوكالة وكلتك ببيع الرهن واجزت لك ما صنعت فيه من شي فحينئذ يجوز لوصيه
بيعه ولا يجوز لوصيه ان يوصي به الى ثالث قوله وعن ابي يوسف ان وصي الوكيل يملك
بيعه اي بيع الرهن عند حلول الدين قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير روى
الحسن بن ابي مالك عن ابي يوسف انه قال لوصي الوكيل ان يبيع لان هذا حق واجب ولو
اراد الراهن ان يحجر عليه لم يكن له ذلك فصار بمنزلة المضارب وقد اتفقوا على ان المضارب
اذا مات كان لوصيه ان يبيع مال المضاربة وذلك لان الوكالة لما كانت مشروطة في عقد
الرهن كانت لازمة بحيث لا يجوز فسخها فلذلك وصي الوكيل يبيع ذلك والجواب ان يقال
ان المضارب لو وكل غيره في حال حياته يجوز لك جاز لوكيله ان يبيع مال المضاربة واما
ههنا لو وكل غيره في حال حياته لم يجز فكذلك بعد الوفاة سلمنا ان التوكيل كان لازما
بحيث لا يجوز فسخه ولكن الارث انما يجري فيما له لا فيما عليه والوكالة حق لازم عليه لا له
فلا يجري فيها الارث وليس المضاربة كذلك لانها حق للمضارب قوله وليس للمرتهن ان يبيعه
الا برضا الراهن اي بيع الرهن قال في اصل الجامع الصغير وليس للمرتهن ان يبيعها الا
برضا الراهن اي لا يبيع الجارية المرهونة وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وليس
للمرتهن ان يبيع الرهن في دينه اذا لم يكن الراهن سلطه على بيعه او اذن له فيه ولا ان يؤجره
ولا ان يعيره فان فعل شيا من ذلك فسخ ورد الى يد المرتهن رهنا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وذلك لان بيع ملك الغير لا يجوز الا بوكالة او ولاية ولم يوجد واحد منهما ولان المرتهن
ثبت حقه بعقد الرهن فكان له ان يتصرف بما اقتضاه الامساك الا ان يجعل له الراهن
ما زاد على ذلك وكذلك ليس للراهن ان يبيعه بغير اذن المرتهن لان المرتهن احق بماليته
منه فلا يكون الراهن قادرا على تسليمه وهذا لان حكم الرهن ملك العين في حق الحبس
حتى يكون المرتهن احق بامساكه الى وقت ايفاء الدين وقال في شرح الطحاوي وليس للمرتهن
ان يبيع الرهن بغير اذن الراهن وان باعه بغير اذنه توقف على اجازة صاحبه فان اجازه
جاز ويكون الثمن رهنا وان لم يجزه لا يجوز البيع وله ان يبطله ويعيده رهنا وان هلك
في يد المشتري قبل الاجازة فلا يجوز الاجازة بعده ولكن الراهن له ان يضمن ايهما شا
فان ضمن المرتهن جاز البيع والثمن له ويكون الضمان رهنا وقيل انما يجوز البيع بتضمين

المرتهن

المرتهن اذا سلم الى المشتري اولا ثم باعه منه وانما اذا كان التسليم بعد البيع فلا يجوز بيعه
ويرجع بما ضمنه على المشتري لان سبب ملكه تاخر عن البيع فصار كما اذا باع غيره بغير اذن
صاحبه ثم اشتراه من صاحبه لا ينفذ بيعه له كذلك ههنا الا ان في ظاهر الرواية قال
يجوز البيع بتضمين المرتهن ولم يفصل وان ضمن المشتري بطل البيع ويكون الضمان رهنا ثم
يرجع المشتري على البايع بالثمن كذا في شرح الطحاوي وتمام البيان في الرهن يجي في اول
الباب الذي يلي هذا قوله قال فان حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن ان
يبيعه والراهن غايب اجبر على بيعه اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في رجل وضع على يديه رهن وامر ببيعه اذا حل الاجل فقال لا ابيعه والراهن
غايب قال يجبر على بيعه وكذلك اذا كان بين رجلين خصومة فوكل المدعا عليه بالخصومة
بطلب المدعي وهو غايب فطلب المدعي ذلك منه فقال الوكيل لا اخاصم فانه يجبر على
الخصومة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوي اما العدل فانما
اجبر على ذلك لوجهين احدهما انه لو شرط في عقد الرهن صار من اوصافه فاخذ حكمه وصار
لازما بلزومه فوجب ايفا حكمه جبرا وان كان التوكيل المفرد لا يوجب اللزوم الا ترى
ان العبد الماذون لا يواخذ بضمان المهر حتى يعتق فاذا صار تبعا للشرا اخذ به في
الحال واذا وطي بالشرا فاستحقت والثاني ان الوكالة صارت حقا للمرتهن ههنا بتوصله
بذلك الى حقه في استيفا الدين وما صار وسيلة الى الواجب فهو واجب وانما اجبر
الوكيل على الخصومة بهذا الطريق الثاني وهذا الذي قلنا اذا كان التعديل وشرط البيع
في الرهن شرطا فيه فان لم يكن لكنه شرط ذلك بعد عقد الرهن فقد اختلف فيه مشايخنا
والطريقة الاولى تدل على انه لا يجبر والطريقة الثانية تدل على الجبر قال فخر الاسلام
وهو الصواب لانه يجوز ان يكون معلولا بكل واحدة من العلتين وقد اطلق وضع المسئلة
في هذا الكتاب اي في الجامع الصغير فدل ذلك على ان الوجهين على السوا ودلت مسئلة
الوكالة في الخصومة على ذلك ايضا لانها لا تخرج الا على الطريقة الثانية ونسمي الجبر بالحبس
اياما حتى يبيع ثم اعلم ان الوكالة المشروطة في عقد الرهن تفارق الوكالة المفردة عن
عقد الرهن من وجوه احدها ان الموكل اذا عزله لا ينعزل بدون رضا المرتهن وثمه
ينعزل والثاني اذا مات الراهن لا ينعزل وثمه ينعزل الوكيل بموت الموكل والثالث اذا
ابى الوكيل ان يبيع فهنا يجبر وثمه لا والفروق الثلاثة مرت والرابع انه يبيع الولد والوكيل
المفرد اذا لا يبيع الى شي آخر وهذا لانه مامور بقضا الدين فلا بد ان يملك ما هو من
ضروراته وجعل الثمن من جنس الدين من ضرورات قضا الدين بخلاف الوكيل المفرد فانه
كما باع انتهت الوكالة والسادس ان العبد المرهون اذا قتله عبد فدفع به كان له ان يبيعه

خلاف الوكيل المفرد فانه وكذا اذا قتل الرهن فغرم القاتل قيمته وهذا لانه صار الرهن
ما دفع عن العبد لانه قام مقامه فتعلق به من الحق ما تعلق به قوله لما ذكرنا من الوجهين
احدهما ان الوكالة المشروطة في ضمن عقد الرهن وصف من اوصافه والثاني ما قال بقوله
وفي العزل اتواء حقه اي حق المرتهن وكذا هنا يلزم اتواء حق المرتهن اذا ابى الوكيل البيع
وعن ابي يوسف ان الجواب في الفصلين واحد اي يجبر الوكيل على البيع اذا ابى سواء كانت
الوكالة مشروطة في عقد الرهن او بعده قوله واذا باع العدل الرهن فقد خرج من
الرهن والثمن قائم مقامه فكان رهنا وان لم يقبض بعد ذكرها تفريعا قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا باع العدل الرهن فقد خرج من يده الرهن فصار الثمن
هو الرهن كان الثمن مقبوضا او غير مقبوض فان توي على المشتري او بعد ان قبضه العدل
توي من مال المرتهن الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لانه لما باع انتقل الملك
فيه الى المشتري واستحال ان يبقى رهنا بعد صحة انتقال الملك فيه وانما صار الثمن
رهنا لانه قام مقام الرهن فتعلق به من الحكم ما تعلق به وليس يمتنع ان يكون رهنا
وان لم يقبض لانه قام مقام ما قبض وان القبض فيه لا يخرجه من ان يكون رهنا كما لو استهلك
الراهن الرهن واما قوله ان الثمن اذا توي كان من مال المرتهن فلانه قام مقام
الرهن فصار هلاكه كهلاك الرهن انه يكون من ضمان ولا يقال كيف يكون مضمونا
وليس في قبضه فصار كان هلاك الرهن في يد الراهن او في يد المستعير من الراهن
وذلك لان الدين ثبت في ذمة المشتري لحق المرتهن فصار كونه في ذمة المشتري
لكونه في يد المرتهن او في يد البائع قال وكذلك ان قتل الرهن فغرم القاتل قيمته
او قتله عبد فدفع به فعندهما والرهن ما دفع عن العبد لانه قام مقامه فجعل به
من الحكم ما تعلق به كذا ذكره الفقيه [illegible] في شرحه قوله واذا توي كان مال المرتهن
هو بنصب المال على انه خبر كان اي اذا توي الثمن كان من مال المرتهن وبيانه ما مر قوله
لان المالك يستحقه من حيث المالية يعني ان قيمة العبد المقتول يكون رهنا مقامه وان
كان ضمان القيمة مقابلا بالدم ولهذا لا يزاد على دية الحر لان المولى يستحق هذا الضمان
بسبب المالية فجعل له حكم ضمان المال في حق المستحق وهو المالك فبقي عقد الرهن قوله
قال واذا باع العدل الرهن فاوفى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمنه العدل كان بالخيار
ان شاء ضمن الراهن قيمته وان شاء ضمن المرتهن الثمن الذي اعطاه وليس له ان يضمنه غيره
اي قال محمد في الجامع الصغير ولفظه فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رهن عبدا
ووضع على يد عدل وامره ببيعه فباعه وادى المرتهن الثمن ثم استحق الرهن فضمن العدل
قال هو بالخيار ان شاء ضمن [illegible] اي ليس للعدل الا الراهن القيمة وان شاء ضمن المرتهن
الثمن

الثمن الذي اعطاه ليس له ان يضمنه غيره الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير اي ليس للعدل
ان يضمن المرتهن غير الثمن الذي اداه اليه وحاصله ما قالوا في شروح الجامع الصغير
ان المستحق بالخيار ان شاء ضمن الراهن وان شاء ضمن العدل لان كل واحد منهما غاصب في
حق المستحق فان ضمن الراهن نفذ البيع ونفذ القضا لانه اذا ضمن الراهن ظهر ان الراهن
رهن ملك نفسه فصح الرهن وصح البيع والقضا وان ضمن العدل فالعدل بالخيار ان شا
رجع على الراهن بما ضمن وان شا رجع على المرتهن بالثمن الذي اعطاه لان المستحق لما ضمن
العدل فقد ملكه العبد بالقيمة فنفذ البيع عليه بما ضمن وان شا رجع على المرتهن
فصار الثمن له وظهر ان المرتهن اخذ الثمن بغير حق فاذا رجع به عليه بطل القضا ورجع
المرتهن على الراهن بدينه قوله في الوجه الاول اي فيما اذا كان المرهون المبيع هالكا
قوله وصح الاقتضا اي صح قبض المرتهن الثمن بمقابلة دينه وان ضمن البائع اي العدل
قوله فلا يرجع المرتهن عليه بشي من دينه اي على الراهن قوله فصار الثمن له اي للعدل
ملكه اي ملك العدل لم يكن راضيا به اي لم يكن العدل راضيا باداء الثمن الى المرتهن قوله
فيرجع به على الراهن اي يرجع المرتهن بحقه في الدين على الراهن قوله ولو كان التوكيل
بعد عقد الرهن غير مشروط في العقد فما لحق العدل من العهدة يرجع به على الراهن قبض
الثمن المرتهن ام لا قال الكرخي في مختصره وان كان الراهن سلط العدل على بيع الرهن بعد
عقد الرهن فهو وكيل للراهن خاصة واما لزوم العدل بالبيع رجع به على الراهن خاصة
قبض الثمن المرتهن او لم يقبضه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان التوكيل بعد العقد
انما يقع لحق الراهن خاصة دون حق المرتهن الا ترى ان المرتهن لا يملك مطالبة هذا
الوكيل بالبيع ولا يمنع الراهن من عزله واذا وقعت الوكالة خاصة لحق الراهن لم يثبت له
الرجوع على غيره وصار كمن وكل رجلا ببيع شي وامره ان يقضي بثمنه دينه ففعل ثم لزمه
ضمان لم يرجع به على المقضي وليس كذلك الوكالة المشروطة في الرهن لانها لحق المرتهن
بدلالة انه يملك المطالبة بالبيع ويمنع الراهن من العزل فاذا وقع البيع عنه وسلم له
عوضه جاز ان يلزمه الضمان كذا ذكره القدوري في شرحه قوله على المقضي اي
على القابض قوله هكذا ذكر الكرخي واراد به ما ذكره في مختصره وقد مر آنفا
وهذا يؤيد قول من لا يرى جبر هذا الوكيل على البيع اي الذي ذكره الكرخي يؤيد
قول من قال من المشايخ ان الوكيل اذا كانت وكالته غير مشروطة في عقد الرهن لا يجبر
على البيع اذا ابى ذلك لانه فرق بين الوكالتين فقال في الوكالة المشروطة بعد عقد
الرهن انما يرجع بما ضمن على الراهن لا على المرتهن لانه لم يتعلق به حق المرتهن وقد
مر اختلاف المشايخ فيه عند قوله قال حل الاجل وابى الوكيل الذي في يده الرهن

ان يبيعه والراهن غايب اجبر على بيعه قوله وان مات العبد المرهون في يد المرتهن ثم استحقه رجل فله الخيار ان شاء ضمن الراهن اي قال في الجامع الصغير ولفظ محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رهن رجلا عبدا يساوي الف درهم بالف فمات العبد في يد المرتهن ثم استحقه رجل فضمن الراهن القيمة قال فالعبد ذهب بالمال فان ضمن المرتهن القيمة رجع المرتهن على الراهن بالقيمة التي ضمن وبالدين ولا يكون رهنا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وانما كان للمستحق الخيار في تضمين الراهن والمرتهن لان كل واحد منهما متعد في حق المستحق اما الراهن فبتسليم الرهن الى المرتهن واما المرتهن فبالقبض ايضا والراهن كالغاصب والمرتهن كغاصب الغاصب فله ان يضمن ايهما شا ثم اذا ضمن الراهن بعد الرهن وهلك العبد بالدين لان الراهن ملكه باداء الضمان من وقت القبض فتبين انه رهن ملك نفسه وان ضمن المرتهن القيمة رجع المرتهن على الراهن بما ضمن من القيمة وبالدين ايضا اما الرجوع بالقيمة فلان الراهن غره حيث رهن ملك غيره وصار كانه هو الذي اوجب عليه الضمان ولان المرتهن في حق العين كالمودع فاذا لحقه ضمان في الامانة كان له ان يرجع بذلك على من دفع اليه فيكون قرار الضمان على الراهن واما الرجوع بالدين فلان المرتهن لم يصر مستوفيا لدينه بهلاك الرهن لان الرهن لم يكن ملك الراهن فكان ينبغي ان ينفذ الرهن في التضمين ايضا لان قرار الضمان على الراهن فكانه رهن ملك نفسه كما اذا ضمن الراهن ابتدا والفرق بين الابتدا والانتها ان عقد الرهن انما ينعقد بالملك بالاجماع ولا ينعقد الا بملك سابق على العقد لا بملك متاخر الا ترى ان من باع ملك غيره ثم ملكه بوجه من الوجوه لم ينفذ ذلك البيع والملك للراهن هنا متاخر عن عقد الرهن لان رجوع المرتهن عليه باستحقاقه اياه بامره له بالقبض فاقتصر الرجوع على وقت الدفع فلم يتوقف على ملك مستحدث وهذا بخلاف المضاربة اذا استحق مال المضاربة فضمن المستحق رب المال والمضارب بعد المضاربة في الوجهين اما اذا ضمن رب المال فظاهر واما اذا ضمن المضارب فرجع المضارب على رب المال بما ضمن نفذت المضاربة ايضا وان ملك رب المال مال المضاربة من وقت الدفع الذي هو سبب الرجوع والعقد سابق عليه لان عقد المضاربة جايز غير لازم والعقد اذا لم يكن لازما يجعل لدوامه حكم الابتدا ولهذا بطلت الوكالة والاذن بموت الموكل والمولي وجنونهما وكذلك يبطل المضاربة بموت رب المال وبموت المضارب كما في الوكالة واذا جعل لدوامه حكم الابتدا فصار كانه انشا العقد بعد الرجوع فنفذت واما الرهن فعقد لازم فلا يكون لدوامه حكم الابتدا الا ترى ان الكتابة لما كانت لازمة لا تبطل بالموت والجنون فكذا الرهن واذا لم يكن لدوامه حكم الابتدا الا ترى ان الكتابة لما كانت لم يكن يفيد العقد بملك متاخر ونفوذ تصرفه

ايضا

ايضا بملك سابق فلم يبطل الدين لان الدين انما يبطل بهلاك الرهن اذا رهن ملك نفسه ولم يوجد ذلك اما اذا رهن ملك غيره فلا بخلاف ما اذا ضمن الراهن ابتدا حيث ينفذ الرهن فلا يرجع المرتهن على الراهن بدينه لانه انما يضمن قيمته بالقبض السابق على الرهن لا بالتسليم الى المرتهن فيثبت الملك للراهن سابقا على عقد الرهن مستندا الى زمان القبض فيتبين انه رهن ملك نفسه وهذا هو غاية التحقيق في المسيلة مع الفرق بينها وبين المضاربة وهو المراد من تطويله في كفاية المنتهي قوله بالتسليم او بالقبض يعني ان الراهن متعد بالتسليم الى المرتهن والمرتهن متعد بالقبض فتقدمات بالدين اي ذهب بالدين قوله هذا طعن ابي خازم القاضي اي هذا السوال طعن به ابو خازم على محمد في المسيلة وجوابه ما بيناه وابو خازم بالخا المعجمة كذا في المغرب وهو ابو خازم عبد الحميد بن عبد العزيز القاضي الحنفي اصله من البصرة وسكن بغداد وكان ثقة دينا ورعا عالما بمذهب اهل العراق والفرايض والحساب والقسمة حسن العلم بالجبر والمقابلة وحساب الدور وغامض الوصايا والمناسخات قدوة في العلم وكان احذق الناس بعمل المحاضر والسجلات وكان احد فقهاء الدنيا من اهل العراق وما كان يعلم ان احدا اعقل منه وقد اخذ العلم عن هلال بن يحيي وهو هلال الراي البصري وهلال اخذ عن ابي يوسف وزفر ومحمد وكان ابو خازم استاذ ابي طاهر الدباس واقرانه وكان ابو خازم ولي القضا بالشام والكوفة والكرخ من مدينة السلام ثم استقضاه الخليفة المعتضد بالله على الشرقية سنة ثلاث وثمانين ومايتين وتوفي ابو خازم في جمادي الاولى سنة اثنين وتسعين ومايتين قوله او بالانتقال عطف على قوله بسبب الغرور اليه اي الراهن كانه وكيل منه اي كان المرتهن وكيلا عن الراهن من حيث انتقال الملك عنه اليه كما ينتقل الملك من الوكيل الى الموكل قوله بخلاف الوجه الاول وهو ما اذا ضمن المستحق الراهن ابتدا

باب التصرف في الرهن والجناية

عليه وجنايته على غيره لما كان التصرف في الرهن بعد ثبوت الرهن وكذلك الجناية على الرهن وجناية الراهن على غيره ذكر عقيبه مسايل الرهن لان كل ترتيبه ترتيب طبيعي فجب وضعا للمناسبة قوله قال واذا باع الراهن الرهن بغير اذن المرتهن فالبيع موقوف اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان اجاز المرتهن جاز وان قضاه الراهن دينه نفذ ذلك البيع والاصل هنا ان ابطال الحق المستحق موقوف على اجازة صاحبه كما ان ابطال الملك موقوف على اجازة المالك اذ الحق محترم كالملك وسطانه يتضرر به صاحبه كما يتضرر المالك ببطلان ملكه اذا عرف هذا فنقول قال محمد في الجامع الكبير اذا رهن رجل عبدا من رجل بالف درهم قيمته الف درهم وقبض المرتهن الرهن ثم ان الراهن باع الرهن من رجل آخر بالف درهم فالبيع باطل الا ان يجيزه المرتهن ايضا

لفظ محمد في الجامع الكبير قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع اي سيبطل اذا لم
يجز المرتهن لان دفع باطلا لا يتصور نفاذه بالاجازة وهو مثل قول القايل الا كل شي
ما خلا الله باطل وكل نعيم لا محالة زايل قال وروي عن ابي يوسف في الامالي ان البيع
نافذ حتى ان المشتري لو اعتقه قبل الفتك نفذ عتقه واذا لم يعتقه المشتري بقي رهنا عند
المرتهن فيستوفي المرتهن دينه قال وهذا قول ابي يوسف الاول وقوله الاخر مثل ما ذكر
في الكتاب اي في الجامع وجه ما روي عن ابي يوسف ان الراهن يتصرف في خالص ملكه لان البيع
تصرف موضوع لنقل الملك والملك له ولهذا لو اعتقه نفذ عتقه فكان البيع نافذا لان
حق المرتهن يتحول الي خلف وهو الثمن بخلاف بيع المستاجر لان ثمه حق المستاجر لا يتحول
الي الثمن لان الثمن بدل العين لا بدل المنفعة فيتوقف علي اجازة المستاجر وجه الظاهر
انه عقد علي ملك نفسه وللغير فيه حق فوقف عليه كمن اوصي بجميع ماله انه يتوقف علي اجازة
الوارث كذلك هذا فاذا وقف علي اجازة المرتهن جاز باجازته لانه وقف لحقه وقد
اسقط حقه وهو يملك ذلك فتم العقد واما اذا قضاه الدين فقد سقط حق المرتهن
فزال المعني المانع من لزوم العقد فنفذ ولزم وقال ظهير الدين الولوالجي في فتاواه
في كتاب البيوع بيع المرهون يعني انه غير نافذ في حق المرتهن وليس للراهن حق الفسخ بمنزلة
بيع المستاجر وذكر في بعض المواضع ان بيعهما سوا انه يصح لكن لا ينفذ وبه نفتي وذكر
في شرح عصام وفرق بينهما وقال بيع المستاجر باطل وبيع المرهون موقوف لانه في
قدرة الراهن علي التسليم تردد لان الطريق في يده وهو قضا دين المرتهن فكان يعجز
الراهن عن التسليم دون عجز المالك عن تسليم المستاجر فقلنا بالتوقف ههنا فالحاصل
انه اختلف الفاظ محمد في بيع المرهون في بعض المواضع قال باطل وفي بعضها قال فاسد
ومعناهما سيبطله وسيفسده القاضي اذا طلب المشتري بالتسليم وابي المرتهن في بعض
المواضع قال موقوف وهو الصحيح قوله واذا نفذ البيع باجازة المرتهن ينتقل حقه الي
بدله هو الصحيح يعني يكون بدل الرهن وهو الثمن رهنا مكان البيع المرهون واحترز
بقوله هو الصحيح عن رواية القاضي ابي خازم عن ابي يوسف انه قال انما يصير الثمن رهنا
اذا شرط المرتهن عند الاجازة ان يكون الثمن رهنا عنده لا عند عدم الشرط وجه
ذلك ان المرتهن لما اجاز البيع ونفذ صار الثمن مملوكا للراهن لانه بدل ملكه وهو
مال اخر سوي الرهن ملكه الراهن بسبب جديد فلا يكون رهنا كما لو اجر الراهن
واجاز المرتهن لا تكون الاجرة رهنا فكذا هذا وجه ظاهر الرواية ان الثمن بدل
العين المرهون فيتحول اليه الرهن كما يتحول حق رب الدين الي بدل العبد المديون
اذا بيع مع رضا رب الدين وهذا لان اجازة بيع الرهن لا يدل علي الرضا بسقوط
حقه

حقه بل الغالب ان المرهون انما يباع ليقضي بثمنه الدين كالعبد المديون يباع
ليقضي بثمنه الدين كالعبد المديون يباع ليقضي بثمنه الدين فلا يسقط الحق بل ينتقل
الي بدله بخلاف الاجارة فان الاجرة ليست ببدل العين فلا ينتقل اليها الحق لانها بدل
المنفعة كذا قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير وحاصل الكلام هنا ان من عرض
في عين مملوك له وقد تعلق به حق الغير فاجاز صاحب الحق تصرفه فهل يتعلق حقه ببدله
ينظر فان كان ما وجب من البدل بدلا عما تعلق به حقه يتعلق حقه بالبدل وان كان
ما وجب من البدل بدلا عما لم يتعلق به لا عن العين حقه بالبدل ولهذا اذا باع الاجر
المستاجر فاجاز المستاجر بيعه لا يتعلق حقه بالثمن لان الثمن وجب بدلا عن العين
وحقه في المنفعة فاما حق المرتهن فتعلق بالعين فجاز ان يتعلق حقه ببدله قوله وان لم
يجز المرتهن البيع وفسخه انفسخ في رواية حتى لو افتك الراهن الرهن لا سبيل للمشتري
فيه وما ذكر من اللفظ في الكافي يدل عليه فانه قال لو كان العبد رهنا فباعه الراهن
فابي المرتهن ان يجيزه لم يجز البيع وهو موقوف جعله موقوفا بعد ابا المرتهن وقال
الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير روي عن ابي حنيفة فيه روايتان في رواية
انه ينتقض البيع حتى ان حق المرتهن لو سقط احتيج الي بيع مستانف وفي رواية عنه لا ينتقض
ثم قال وقيل ان المروي عنه ان البيع ينتقض جواب القياس والمروي عنه انه لا ينتقض
جواب الاستحسان وجه القياس ان هذا الحق بمنزلة الملك والعقد المنعقد لابطاله
ملك انسان بغير امره ينفذ بالاجازة ويبطل بالابطال فكذا العقد المنعقد لابطال
حق الغير حتي لو ملكه بعد ذلك لا يجوز البيع ولا ينفذ فكذلك ههنا لو افتكه الراهن
وجه الاستحسان صاحب الحق يحتاج الي صيانة حقه وذلك يحصل له بمنع النفاذ وفيما
وراء ذلك كان المالك متصرفا فيما هو خالص ملكه لا حق لصاحب الحق فيه فلا يتعدي
تصرفه بالاجازة او الابطال الي ما وراء حقه فيكون ملحقا بالعدم بخلاف بيع الفضولي
فانه تصرف في الملك وحق صاحب الملك في الملك فكانت له ولاية ابطال التصرف المعارض
حقه من جميع الوجوه وههنا الامر بخلافه فلم ينفسخ البيع بفسخ المرتهن وبقي موقوفا فان شا
المشتري صبر الي فكاك الرهن لان العجز عن تسليم المبيع علي شرف الزوال وان شا رفع
الامر الي القاضي حتي يفسخ البيع لان له ولاية عامة فيفسخه لفوات القدرة علي التسليم
كالمبيع اذا ابق قبل القبض فانه يتخير المشتري اما ان يصبر الي زوال العجز واما ان
يرفع الامر الي القاضي فيفسخ البيع قوله ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا
من غيره قبل ان يجيزه المرتهن فالثاني موقوف ايضا علي اجازته لان الاول لم ينفذ
والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو اجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني وهذه من مسايل

الجامع الكبير ذكرها تفريعا وذلك لان الراهن في حق ملك الحبس للمرتهن بمنزلة الفضولي
وقد تعلق حق المرتهن بكل بيع لان حقه يتعلق بالثمن الا ترى انه قد يرضى ليباع فانهما
اجازه المرتهن وسلمه اليه نفذ ذلك ويأخذ الثمن ويكون رهنا عنده قال الشيخ ابو المعين
النسفي رحمه الله في شرح الجامع الكبير وهذه الرواية انما تستقيم على رواية الجامع عن ابي يوسف
ان البيع لا ينفذ بدون اجازة المرتهن كما هو مذهب ابي حنيفة ومحمد فاما رواية اصحاب
الامالي عن ابي يوسف ان البيع ينفذ بدون اجازة المرتهن فلا يتوقف البيع الثاني على المشتري
الاول لانه ملكه بالعقد الاول لا على المرتهن **قوله** ولو باع الراهن ثم آجر او رهن او وهب
من غيره واجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الاول وهذه من مسائل الجامع ذكرها تفريعا
واراد بهذه العقود الاجارة والرهن والهبة قال في الجامع الكبير ولو كان الراهن باعه
اولا من رجل بالف درهم فلم يجز ذلك المرتهن ولم ينقض القاضي البيع حتى رهنه الراهن عند
رجل آخر بالف درهم له عليه ودفع الرهن الى المرتهن الثاني فاجاز المرتهن الرهن الثاني باطل
والبيع الاول جائز قال وكذلك لو كان الراهن آجر العبد بعد البيع او وهب وسلم ثم
اجاز المرتهن الاجارة او الهبة ودفع الرهن الى الموهوب له فانه يصح البيع ولا يصح الاجارة
ولا الهبة وانما ينفذ البيع الثاني اذا اجازه المرتهن بخلاف العقود الاخر حيث لا تنفذ
لانه لا حق للمرتهن في تلك العقود لانه لا يتعلق حقه ببدل المنفعة والدين الا انه لا يرتهن
ليرهن او يستاجر فلم يتوقف فكانت الاجارة ابطالا لحق نفسه في الحبس فنفذ البيع لان
بيع المرهون ينفع للمرتهن لانه ينتفع به فان حقه يتحول الى الثمن وليس تلك العقود كذلك
لان المرتهن الاول لا ينتفع بها قال الشيخ ابو المعين شرط في فصل الرهن والهبة تسليم العين
الى المرتهن الثاني والموهوب له مع الاجارة لان هذين العقدين لا عبرة بهما بدون القبض
ولم يشترط ذلك مع الاجارة في فصل الاجارة لان عقد الاجارة معتبر بدون القبض
مفيد كالبيع سوا **قوله** قال فلو اعتق الراهن عبد الرهن نفذ عتقه اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه فان كان الدين حالا طولب باداء الدين وان كان مؤجلا اخذ
منه قيمة العبد فيكون رهنا مكانه حتى يحل الدين وان كان الراهن معسرا استسعى
العبد في قيمته فيقضي به الدين وكذلك ان استهلك الراهن الرهن الى هنا لفظ
القدوري وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره وان رهن الرجل عبدا يساوي
الفا بالف هي عليه الى اجل او يساوي خمسمائة ثم ان المولى اعتق العبد فالعبد حر
وقد خرج من الرهن فان كان الراهن المعتق موسرا فلا شي على العبد وان اعسر
الراهن بعد ذلك قبل ان يؤدي المال فلا شي على العبد من سعاية ولا غيرها وان
كان الراهن يوم اعتق العبد معسرا كان للمرتهن ان يرجع بدينه ان شا على الراهن

وان شا رجع على العبد فاستسعاه في الاقل من قيمته ومن الدين فان كانت قيمته اقل
من الدين سعى في قيمته وان كان الدين اقل من قيمته سعى في الدين وكل ما سعى فيه العبد من
ذلك كان له ان يرجع به على الراهن لانه انما اداه عنه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال
القدوري في شرحه وانما جاز عتق الرهن خلافا لما قال الشافعي رحمه الله لان الراهن قبل الرهن
مالك لعتق العبد ومن ملك عتق عبد لم يزل ملكه عن عتقه الا بزوال ملكه عن رقبته
او بحدوث معنى بالمالك يؤثر في صحة قوله ولانه محبوس للاستيفا كالمبيع في يد البائع
وذلك لا يمنع العتق فكذا هنا فاذا ثبت جواز العتق فان كان المعتق موسرا والدين حال
طولب بالدين لانه لا معنى لالزامه قيمة الرهن مع حلول الدين فيطالب بالدين
فان كان الدين مؤجلا غرم الراهن قيمة العبد وكانت رهنا مكانه لان تعلق حق الغير
بملك الانسان يجعل المالك كالاجنبي بدلالة العبد الموصى بخدمته اذا اتلفه الورثة
يلزمهم قيمته فيشترى بها عبد يخدم الموصى له كذلك هذا وكالعبد الماذون اذا
لحقته ديون فاتلفه المولى ولانه بعتقه ابطل حق المرتهن من الوثيقة ولا يمكن استدراك
حقه الا بالتضمين وكذلك ان اعسر المعتق بعد العتق فلا ضمان على العبد لان العتق وقع
غير موجب للضمان عليه فلا يوجب ذلك في الثاني فاما اذا كان المعتق معسرا فللمرتهن
ان يستسعي العبد في الاقل من قيمته ومن الدين لان الدين كان متعلقا برقبته وقد
سلمت له رقبته بالعتق فاذا تعذر استيفا الضمان من الراهن لزم العبد ما سلم له
كغاصب الغاصب لما سلم له المغصوب لزمه ضمانه وليس هذا كالمبيع في يد البائع
اذا اعتقه المشتري وهو معسر انه ليس للبائع ان يستسعيه لان الثمن لم يكن متعلقا برقبته
وان حبس به وانما سقط بهلاكه لان البيع ينفسخ لا لتعلقه برقبته فاذا سلمت الرقبة
للعبد وليس هناك دين متعلق بها لم يضمن ثم قال القدوري وقد ذكر في المنتقى ان قول
ابي يوسف الآخر ان العبد المبيع يسعى اذا كان المشتري معسرا وانما يضمن الاقل لان
الدين اذا كان اقل من قيمته فلا حق للمرتهن الا فيه واذا كانت القيمة الاقل لم يسلم
للعبد اكثر من ذلك فلم يضمن ما لم يسلم له واما قوله ان العبد قد خرج من الرهن
فلانه صار حرا والحر لا يصح فيه الرهن ابتدا فكذا لا يبقى فيه بقا وللشافعي رحمه الله
ثلاثة اقوال في قول ينفذ اعتاق الراهن موسرا كان او معسرا كقولنا وفي قول
لا ينفذ احتج في المسئلة بان هذا تصرف يتضمن ابطال حق الغير فوجب ان لا ينفذ
قياسا على البيع وهذا لان حق المرتهن ثابت في الموهوب مسلط ذلك بالاعتاق فلا
ينفذ كالبيع بل اولى لان البيع ابطال الى خلف وهذا ابطال لا الى خلفه ولهذا
لو اعتق المريض مرض الموت لا ينفذ لما فيه من ابطال حق الغير وهو الغريم والوارث

وقلنا ان هذا اعتاق صدر من اهله مضافا الى محل قابل للاعتاق وله ولاية الاعتاق فوجب ان ينفذ قياسا على اعتاق العبد المستاجر والعبد المديون والعبد المشترى قبل القبض والعبد المشترك مع ان حق المستاجر وحق الغريم وحق البائع في الحبس وحق الشريك يبطل واهل الاعتاق هو الحر العاقل البالغ المالك ومحله الرقيق المملوك وقد وجد ذلك فينفذ والملك علة الولاية وقد وجدت ولم يزل ملكه بالرهن ولهذا يطالبه المرتهن بالبيع فلو زال ملكه لم يطالبه به عنده ولهذا لو اعتق باذن المرتهن نفذ عتقه وليس للمرتهن ولاية الاعتاق بالاتفاق فان قلت لا نسلم ان الملك ثابت له من كل وجه بل هو كالزائل ولهذا لو قتل الراهن المرهون يضمن ولو قطع يده يضمن الارش ولو وطئها يلزم العقر فلو كان الملك ثابتا له لما وجب عليه شيء من هذه فصار هذا كالمريض اذا اعتق فانه لا ينفذ قلنا قد بينا ان هذا اعتاق صدر من الاهل مضافا الى المحل وله ولاية الاعتاق فينفذ وقوله لو قتل المرهون يضمن ولو قطع يده يضمن الارش ولو وطئها يلزم العقر فلو كان الملك ثابتا له لما وجب عليه شيء من هذه فصار هذا كالمريض اذا اعتق فانه لا ينفذ قلنا قد بينا ان هذا اعتاق صدر من الاهل قلنا لا نسلم وكيف يضمن والمرهون ملكه الا انه بالاتلاف فوت على المرتهن ملك اليد والحبس فوجب عليه اقامة شيء مقامه ولا يمكن ذلك الا بايجاب القيمة فاوجبنا عليه القيمة ليثبت يد المرتهن عليه كما كان على عين الرهن واما العقر ففيه روايتان فعلى رواية الزيادات لا يجب عليه العقر ويمنع واما المريض المديون اذا اعتق فعند ابي يوسف ومحمد ينفذ فيمنع وعند ابي حنيفة انما لا ينفذ لخلل في علة الولاية لان ملكه قد زال من وجه لان الحجر ما رجعنا للورثة وملكا لهم من وجه على ما عرف في تلك المسئلة اما هنا بخلافه وياتي البحث بعون الله في طريقة الخلاف وقياسه على البيع لا يصح لان البيع الابق لا يجوز واعتاقه جائز قوله في بعض قولي الشافعي رحمه الله انما قال كذلك لان له اقوالا ثلاثة كما ذكرنا قوله ينبغي مدة بالنصب اي تبقى الاجارة في مدة الاجارة قوله واعتاق الوارث العبد الموصى برقبته للغير مع انه ملكه لتعلق حق الغير به فكذا اعتاق الراهن ينبغي ان يلغو لتعلق حق الغير به قلنا لا نسلم انه يلغو بل يؤخر ذلك الى اداء السعاية ثم ينفذه عند ابي حنيفة قوله ثم بعد ذلك اي بعد نفاذ الاعتاق قوله حتى يحل الدين يعم الحال وغيرها حتى قال في شرح الطحاوي فلما صح العتق عندنا وما نحا خرج من الرهن ثم ينظر ان كان الراهن موسرا فلا سعاية على العبد والضمان على الراهن فان كان الدين حالا يجبر الراهن على قضاء الدين وان كان مؤجلا وحل الاجل فكذلك وان لم يحل الاجل فياخذ المرتهن من الراهن قيمة العبد فيحبسه رهنا مكان العبد فاذا حل الاجل ينظر ان كانت

القيمة من جنس الدين استوفى دينه ورد الفضل على الراهن ان كان في قيمته فضل عن الدين وان كانت القيمة اقل من الدين يرجع بالفضل وان كانت القيمة خلاف جنس الدين حبسها الى ان يحل الاجل قوله فان كان الراهن معسرا فللمرتهن ان يستسعي العبد في الاقل من ثلاثة اشياء سواء كان دينه حالا او الى اجل وينظر الى قيمة العبد وقت الرهن والى قيمته وقت العتاق والى الدين الذي رهن به فيستسعي العبد في الاقل من هذه الاشياء الثلاثة ثم يرجع على الراهن اذا ايسر لانه قضى دينه مضطرا كالوارث اذا قضى دين الميت لا يكون متبرعا ويرجع في التركة قوله الا اذا كان قد يكون هنا ويرجع المرتهن ايضا ببقية دينه ان بقي له من دينه قوله بخلاف جنس حقه يعني اذا كان ما حصل من سعاية العبد خلاف جنس حق المرتهن لا يقضي به الدين بل يصارف الى جنس حقه ويقضي به دينه قوله وتاويله اذا كانت القيمة اقل من الدين اي تاويل قول القدوري وان كان معسرا سعى العبد في قيمته اذا كانت القيمة اقل من الدين لانه اذا كان الدين اقل من القيمة سعى في الدين قوله بعد ذكره اشارة الى ما ذكر بعد صفحة في مسئلة استيلاد امته المرهونة بقوله يسعى في الاقل من الدين ومن القيمة قوله بخلاف المستسعي في الاعتاق يعني ان المرهون المعتق اذا استسعى يرجع بما سعى على مولاه والعبد المشترك بين اثنين اذا اعتق احدهما نصيبه فاستسعاه الساكت لا يرجع بما سعى على المعتق والفرق ان العبد المرهون يسعى في رقبة عاملت وبقضي دينا على الراهن فلهذا يرجع عليه والمستسعي يسعى في تخليص رقبته عن الرق وهو منفعة خالصة له فلهذا لا يرجع وقال في شرح الكافي يرجع بما سعى على مولاه اذا ايسر لانه قضى دينه وهو مضطر فيه لان الاصل في الضمان لكنه تحمل عنه عند العسرة ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه يرجع عليه وهذا بخلاف العبد المستسعي في الاعتاق اذا اعتق احد الشريكين اياه وهو معسر يسعى العبد لشريكه فانه لا يرجع على المعتق لان ثمه لا يؤدي الضمان عن غيره بل عن نفسه لانه اصل في الضمان لان الشرع انما الزمه الضمان عند ابي حنيفة ليعتق وعندهما تكميلا للعتق نظرا للعبد ولما كان اصلا في الضمان جاز ان لا يرجع على غيره اما هاهنا بخلافه قوله عنده اي عند ابي حنيفة قوله فصار كمعير الرهن يعني ان الراهن بالاستعارة اذا عجز عن فكاك الرهن فافتكه المعير يرجع بذلك على الراهن المستعير لانه قضى دينه مضطرا قوله ثم ابو حنيفة اوجب السعاية في المستسعي المشترك في حالة اليسار والاعسار وفي العبد المرهون شرط الاعسار وذلك لان الثابت للمرتهن في الرهن حق الملك لا حقيقة الملك وذلك بثبوت يد الاستيفاء والمراد منه اختصاص المرتهن بالرهن حبسا الى ان يقضي الراهن دينه وحق الملك ادنى حالا من حقيقة الملك الذي هو ثابت للشريك

الساكت فلما كان كذلك اوجب ابو حنيفة السعاية هنا في اعتاق الراهن في حالة واحدة
وهي حالة الاعسار لانحطاط النقصان مرتبة حق المرتهن عن مرتبة الشريك الساكت فان
للساكت حقيقة الملك في العبد فلذلك اوجب السعاية في الحالتين قال الشيخ ابو المعين
النسفي في شرح الجامع الكبير ثم ان محمدا لم يوجب السعاية الا في حال اعسار الراهن لان
الدين واجب على الراهن والعبد جعل محلا لاستيفاء الدين منه ولكن لا يصار الى الاستيفاء
منه الا بعد تعذر الاستيفاء من الراهن هذا هو موضوع الرهن وهذا الضمان الحاصل
بسببه يملك به قضاء الدين ولهذا يرجع العبد بما ادى من سعايته على الراهن لانه
صار قاضيا دينه فما دام الراهن موسرا طلب منه الضمان وعند الاعسار يتعذر الاستيفاء
منه فيستوفي من مالية الرهن كما نقول كذلك لو لم يعتقه فانه يؤمر بقضاء الدين ولو
تعذر ذلك عليه استوفي من الرهن فكذا ههنا وهذا بخلاف ما اذا اعتق انسان عبدا
مشتركا بينه وبين غيره حيث يكون للساكت حق استسعاء العبد عند اعسار المعتق وايساره
جميعا عند ابي حنيفة والفرق ان هناك لا دين على المعتق وانما حق الساكت في نصيبه
من العبد وقد احتبس ذلك عند العبد فيستخرجه منه بالسعاية فاما فيما نحن فيه
فاصل الدين على الراهن فلا يستوفي من الرهن الا عند العذر على ما بينا وهذا بخلاف
ما اذا اعتق المشتري العبد المشترى قبل القبض والمشتري مفلس لا يكون للبائع ولاية
استسعاء العبد بقدر الثمن وان كان هو محبوسا عنده قبل التسليم بالثمن كما ان المرهون
محبوس عند المرتهن بالدين والفرق ان هناك الثمن واجب على المشتري ولم يوجد
استيفاؤه من السلعة من وجه ولم يبق ما لنبيها ملكا للبائع بوجه ما بل زال عن ملكه
بمجرد العقد وانما للبائع مجرد حق الحبس فاذا فات بخروجه عن كونه محلا للحبس
بالعتق بطل اصلا وبقي في مطالبة المشتري بالثمن فحسب فاما فيما نحن فيه فالمرهون جعل
مملوكا للمرتهن من وجه على ما بينا من ثبوت استيفاء الدين بقبضه من وجه وثبوت ولاية
استيفائه منه عند تعذر الاستيفاء من الراهن على ما بينا قوله الا رواية عن ابي يوسف
وهي ما ذكرنا قبل هذا عن المنتقى ان على قول ابي يوسف الآخر يسعى العبد المبيع اذا كان
المشتري معسرا وقال الناطفي في الاجناس وقال ابو يوسف في نوادر هشام يسعى العبد
في قيمته للبائع ثم يرجع بها على المولى قوله والمرتهن يصير مستوفيا حقه ملكا كما اذا هلك
الرهن عند المرتهن هلك بدينه مضمونا بالاقل من قيمته ومن الدين فيكون المرتهن
مالكا لذلك الاقل من مالية الرهن فاما حق البائع فلا يصير ملكا من جهة المشتري
اصلا قوله فلو اوجبنا السعاية فيهما اي في المبيع المعتق قبل القبض وفي المرهون
المعتق لسوينا بين الحقين اي بين حق البائع وهو ضعيف وبين حق المرتهن وهو قوي

والتوية

والتوية مع وجود الفائق لا يجوز قوله واذا اقر المولى برهن عبده بان قال له
رهنتك عند فلان وكذبه العبد ثم اعتقه تجب السعاية عندنا خلافا لزفر ذكره تفريعا
على مسئلة المختصر قال القدوري في مختصر الكرخي وهذا الذي ذكره من السعاية عندنا
لا خلاف فيه وقال زفر لا سعاية عليه لنا ان المولى اقر بتعلق الدين برقبته في حال يملك
الرقبة ويملك تعليق الدين بها لا اقرار فلا يلتفت الى تكذيب العبد وصار هذا كالرهن
المعلوم وليس هذا كما لو اعتقه ثم اقر انه كان رهنه لانه اقر عليه في حال لا يملك رقبته ولا
يملك تعليق الدين بها فلم ينفذ وجه قول زفر ان المولى لا يملك ايجاب الضمان على العبد
بقوله بعد الحرية كما لو اقر بالرهن بعد العتق قوله ولو دبره الراهن صح تدبيره بالاتفاق
ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قال الكرخي في مختصره ولو لم يكن الراهن اعتق العبد ولكن
دبره فقد خرج العبد من الرهن وصار مدبرا وللمرتهن ان يأخذ بدينه كله ايهما شاء ان شاء
العبد وان شاء الراهن موسرا كان او معسرا وله ان يأخذ العبد بدينه كله بالغا ما بلغ
ولا يشبه المدبر في هذا المعتق لان المدبر ماله لسيده فما سعى فيه من شيء فهو مال المولى
ولذلك كان عليه ان يسعى في المدبر بالغا ما بلغ وان كان الراهن موسرا الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله قال القدوري في شرحه وانما جاز تدبيره لانه لا يلحقه الفسخ كالعتق وانما بطل
الرهن لان المدبر لا يجوز رهنه ابتداء فلم يجز بقاء الرهن فيه واما الضمان فلانه
ابطل بتدبيره حق الوثيقة قال واما السعاية في المدبر فهي مخالفة للسعاية في المعتق
من ثلاثة اوجه احدها ان المدبر يسعى مع يسار المولى لكون اكسابه على ملكه فكان
لصاحب الدين ان يستوفي منها كما جاز ان يستوفي من سائر اموال الراهن والثاني انه
يسعى في الدين بالغا ما بلغ لان اكسابه ملك لمولاه ودين الانسان اذا قضي بماله لم يقض
بعضه دون بعض وليس كذلك المعتق لان كسبه لنفسه وانما لزمه ان يسعى في قدر
ما سلم له والثالث ان المدبر لا يرجع على مولاه والمعتق يرجع لان كسب المدبر للمولى
فقد قضي دينه من ماله فلا يرجع عليه وكسب المعتق لنفسه فلذلك يرجع بما قضى من دينه
ثم قال وقد قالوا ان الرهن اذا دبره الراهن او كانت امة له فاستولدها سعى في
جميع الدين ان كان حالا وان كان مؤجلا لم يسع الا في مقدار قيمته لان المؤجل لا يجب قضاؤه
وانما يجب رد عوض الرهن ليكون وثيقة في يد المرتهن وهذا المعنى موجود في قدر القيمة
فاما اذا كان حالا فقضاؤه واجب فلم يختص القضاء من مال الراهن ببعض دينه دون بعض
قوله وكذا اعتقه اي عند الشافعي رحمه الله لان التدبير لما لم يكن مانعا للبيع لم يكن
مبطلا لحق المرتهن وقوله اما عندنا فظاهر وهو ان التدبير يوجب حق العتق له اذا كان
لا يمتنع حقيقة العتق بحق المرتهن فحق العتق اولى قوله واذا صحا اي التدبير والاستيلاد

خرجا اي المدبر وام الولد قوله وحل الدين اذا كان موجلا يسعى المدبر في قيمته
قال في الايضاح وقد قيل اذا كان المدبر موجلا لم يسع الا في مقدار قيمته لان الدين
المؤجل لا يجب قضاؤه وانما يجب رد عوض الرهن الى يد المرتهن فيسعد رد جوب العوض
نقد وما فوت من العوض فاما اذا كان الدين حالا فالقضا واجب من مال الراهن وكسبه
ملكه فيستوي في الكل منه قوله ولو اعتق الراهن المدبر وقد قضي عليه بالسعاية او لم يقض
لم يسع الا بقدر القيمة ذكره تمرتاشي ايضا قال الكرخي في مختصره فان دبره المولى فقضى
القاضي بان يسعى في الدين كاملا والدين اكثر من قيمة رقبته او لم يقض عليه حتى اعتق
المولى العبد بعد التدبير فكانه اعتقه قبل ان يدبره ولا يلزمه من الدين الا مقدار
قيمة رقبته وما بقي من الدين فهو على مولاه وهذا وعتق المولى اياه قبل التدبير سوا
الا في خصلة واحدة ما سعى فيه العبد اذا دبره قبل العتق فادا الى المرتهن لم يرجع به
على المولى الراهن لانه دين كان لزمه في حال الرق فصار بمنزلة العبد ضمن عن مولاه
دينا في حال رقه ثم اعتقه المولى فاخذنا بالمال فاداه لم يرجع على المولى ان كان كفل عنه
بامره او بغير امره الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لانه لما اعتقه زال ملكه عن رقبته
واكسابه فلم يجز ان يسعى في شيء منه الا مقدار ما سلم له فكانه اعتقه ابتدا الا انه يفارق
العتق المبتدا من وجه وهو ان ما يسعى فيه قبل العتق لا يرجع به على المولى لانه اداه من
كسب هو ملكه وقال الكرخي في مختصره ولو كان الرهن امة حبلت فاقر الراهن انه منه
وهي حامل كان هذا والتدبير سوا في جميع ما وصفت لك فان ولدته بعد ذلك ولدا
والراهن موسر او معسر لم يكن من السعاية على الولد شي قليل او كثير لانه صار حرا في بطن
امه قبل ان يصير رهنا ومن قبل ان يكون له حصة من الدين ولو لم يكن الراهن ادعى الولد
حتى ولدته الامة ثم ادعاه بعد ولادتها فهو ابنه وهي ام ولد له وقد بطل الرهن
فيهما جميعا فان كان الراهن موسرا اخذ منه الدين ولم يكن على الولد سعاية وان شا
استسعى الام وان كان الراهن معسرا قسم الدين على قيمة الام والولد فما اصاب الولد
سعى الولد في الاقل منه ومن قيمته وسعت الام فيما بقي بالغا ما بلغ فان لم يسع الولد في شي
حتى مات فكانه لم يكن وللمرتهن ان يستسعي الام فيما وجب له على الولد من السعاية وما
حكيته لك فهو رواية عن محمد في الاملاء الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان الاستيلاد
معنى لا يلحقه الفسخ فينفذ في الرهن كالعتق ويلزمه السعاية في حال اليسار والاعسار لان
النسب ملك المولى وانما لم يكن على الولد من السعاية شي لانه لما ثبت نسبه قبل الوضع لم
يدخل في الرهن فلم يلزمه السعاية وليس هذا كما لو ادعاه بعدما ولدته لان الولد دخل في
الرهن بانفصاله فلما ادعاه عتق بالدعوى فصار كانه اوقع العتق عليه فلا يلزمه سعاية

مع يسار

مع يسار المعتق وان كان معسرا لزمه ان يسعى في الاقل من قيمته ومن حصته من الدين
لان ذلك القدر هو المتعلق برقبته فان لم يسع الولد حتى مات فكانه لم يكن لان الولد تبع
في الرهن فاذا هلك عاد ما فيه الى الام فكانه لم يكن قوله وكذلك لو استهلك الراهن
الرهن هذا لفظ القدوري وترتيب لفظ من قبل هذا وهو عطف على قوله فان كان الدين
حالا طولب باداء الدين وان كان موجلا اخذ منه قيمة العبد فيكون رهنا مكانه حتى يحل الدين
وذلك لانه ابطل حق المرتهن من الوثيقة ولا يمكن استدراك حقه الا بالتضمين فلزمه قيمته
وكانت رهنا مكانه قوله فان استهلكه اجنبي فالمرتهن هو الخصم في تضمينه فياخذ القيمة
ويكون رهنا في يده وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه ازال يد المرتهن عن العين
فالقيمة قائمة مقام العين ولو كانت باقية كان المرتهن هو الخصم في ردها الى يده فكذلك
هو الخصم في اعادة ما قام مقام العين ولو كانت باقية كان المرتهن هو الخصم في ردها الى
يده فكذلك هو الخصم في اعادة ما قام مقام العين الى يده كذا في شرح الاقطع ولان الرهن حق
مستقر في الرقبة بدلالة انه يسري الى الولد ويستحقه الوارث فصار كحق المالك قوله
والواجب على هذا المستهلك قيمته يوم هلك اي الواجب من الضمان على المستهلك الاجنبي
قيمة الرهن يوم الاستهلاك لا قيمة يوم قبض الرهن واحترز بهذا عن استهلاك المرتهن حيث
يجب عليه قيمته يوم قبض وكذلك اذا هلك بدون الاستهلاك يعتبر قيمته يوم القبض
لا يوم الهلاك وتفسيره ما قال الكرخي في مختصره رجل رهن رجلا عبدا قيمته الف بالف فنقصت
قيمته حتى صارت تساوي خمسمائة ثم قتله قاتل او غصبه فمات في يده فعليه قيمته يوم قتله
ويوم غصبه ليس عليه الا ضمان القتل او ضمان الغصب ولا ينظر الى قيمته قبل ذلك فاما
المرتهن فهو ضامن لجميع قيمته فاذا جنى عليه المرتهن وقد صارت قيمته خمسمائة فغرم
خمسمائة والجزء في القيمة مضمون على المرتهن بالدين بقبض الرهن دون الاستهلاك وباقي
العبد مضمون بالوجهين جميعا الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري وهذا على ما قدمنا ان
ضمان الرهن يتعلق بقبضه فاذا تلف صار مستوفيا لقدر قيمته يوم القبض فاما ضمان
الاستهلاك فهو جنس آخر من الضمان يعتبر فيه القيمة يوم الاستهلاك ولا يعتبر ما قبل
ذلك فاذا كان المرتهن هو المستهلك فنقصان القيمة مضمون عليه بالرهن خاصة لان
الاستهلاك لم يحصل فيه وبقية العبد مضمونة عليه بسببين قبض الرهن والاستهلاك
الا ترى ان المستهلك لو كان غيره فنقصان القيمة عليه يسقط دينه قوله فصار الحكم
في الجناية الزيادة كانها هلكت بآفة اي في الزيادة على ما غرمه المستهلك حتى
لا يضمن المستهلك تلك الزيادة لانه لم يستهلكها ويكون تلك الزيادة حيث نقصت
مضمونة على المرتهن لان ضمان الرهن يعتبر فيه القيمة يوم القبض وحينئذ كانت قيمة

الرهن الثاني يضمن الزيادة على ما غرم الاجنبي **قوله** ولو استهلكه المرتهن والدين
مؤجل غرم القيمة ذكره تفريعا على مسألة المختصر قال الكرخي في مختصره فان استهلك المرتهن
الرهن والدين الى اجل غرم قيمة الرهن فكانت في يده رهنا الى ان يحل الدين فان حل
الدين وهو من جنس الدين ومثله في الصفة قبض المرتهن حقه منها فان بقي شيء من القيمة
كان للراهن قال القدوري وذلك لان المرتهن اتلف ملك غيره ومن اتلف ملكا تاما
وجب عليه بدله ولان الرهن ان اعتبر بالامانات فان اتلافه يتعلق به الضمان كالوديعة
وان اعتبر بالمضمونات فان اتلافه مؤكد الضمان كالغصب وانما كانت القيمة التي تؤخذ منه
رهنا لانها بدل عن الرهن كالقيمة المأخوذة من الاجنبي وانما حبسها بالدين المؤجل لاجل
حق الراهن فلا يجوز اسقاطه الا برضاه واما اذا حل الدين وهو على القيمة استوفى المرتهن
حقه منها لانه وجد جنس حقه فأخذه لا يقف على الرضى وانما رد الفضل على الراهن لانه
استوفى حقه فصار كما استوفى دينه والرهن في يده فانه يجب عليه رده **قوله** لان الضمان
بدل العين فاخذ حكمه اي اخذ بدل العين حكم العين وانث الضمير الراجع الى العين
على تأويل الرهن **قوله** وعلى صفة القيمة اي في الجنسية والجودة **قوله** وان نقصته
عن الدين بتراجع السعر الى خمسمائة وقد كانت قيمته يوم الرهن الفا وجب بالاستهلاك
خمسمائة وسقط عن الدين خمسمائة اي ان نقصت قيمة الرهن التي يوم القبض كانت الفا عن الدين
الذي هو الف فصارت القيمة خمسمائة قبل استهلاك المرتهن بيانه فيما قال الكرخي في
مختصره وان نقصت القيمة عن الدين نظرت فان كانت قيمة الرهن الاول مثل الدين يوم
قبضه المرتهن بطل باقي الدين عن الراهن لان النقصان ذهب في يد المرتهن وان
كانت قيمة الرهن يوم قبضه مثل ما غرم عنه رجع بباقي دينه على الراهن فان كان
الدين حالا في حال ما استهلك المرتهن الرهن وحكم الحاكم عليه بمثل دينه كان مقدار
الدين قصاصا فان فضل له دين رجع به اذا كان ما لزمه من الغرم مثل قيمة الرهن
يوم رهن فان كانت القيمة التي لزمت بالاستهلاك اقل من قيمة يوم رهن فهو ضامن
لقيمته يوم رهن قدر قيمته يوم استهلكه بالاستهلاك وبالرهن والباقي بضمان
الرهن لان المستهلك في الرهن انما يضمن قيمته بالاستهلاك يوم استهلكه ويضمن المرتهن
بالرهن يوم قبضه منها الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان الرهن مضمون
بالقبض فاذا تلف في يد المرتهن اعتبرت قيمته يوم القبض قال القدوري في شرحه
ولا يقال نقصان السعر في الرهن ليس بمضمون لانه لا يضمن مع بقاء عين الرهن فاما
اذا تلفت العين فان الضمان متعلق بقبضها كانه استوفى مقدار قيمتها يوم القبض وانما
لم يجب عليه بالاتلاف الا قيمته يوم التلف لان الضمان المتعلق بالاتلاف من غير جنس الضمان

المتعلق

المتعلق بعقد الرهن فاعتبرت القيمة فيه عند الاتلاف ووجب فضل القيمة بالقبض السابق
بحكم ضمان الرهن قال فان كانت قيمة الرهن يوم قبضه مثل ما غرم عنه رجع ببقية دينه على
الراهن وذلك لانه استوفى جميع الرهن فما زاد على مقداره في ذمة الراهن قال فان كان
الرهن حالا في حال ما استهلك المرتهن الرهن وحكم الحاكم على مثل دينه كان مقدار الدين
قصاصا فان فضل له دين رجع به اذا كان ما لزمه من الغرم مثل قيمة الرهن قال القدوري
وهذا على اصلنا ان كل دينين من جنس واحد التقيا في الذمة والمقاصة بينهما لا يؤدي
الى فساد عقد صار احدهما قصاصا بالآخر وان لم يتقاصا لانه لا فائدة بأخذ الدين منه
ورده اليه في الحال **قوله** وهو مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر اي الذي استحق
من الرهن من قيمة يوم القبض مضمون على المرتهن بقبض الرهن الذي سبق الاستهلاك وليس
بمضمون بتراجع السعر فلذلك سقط الدين بقدر الناقص وهذا جواب سؤال بان يقال
لو سقط الدين بقدر الناقص كان الرهن مضمونا على المرتهن بتراجع السعر وليس لتراجع
السعر اثر في اسقاط شيء من الدين كما اذا رده الى الراهن بعد انتقاص قيمته بتراجع السعر
فاجاب عنه وقال انه مضمون بالقبض السابق لا بتراجع السعر وتحقيق الجواب ما قال القدوري
وقد مر آنفا **قوله** واذا اعار المرتهن الرهن للراهن ليخدمه او ليعمل له عملا فقبضه خرج
من ضمان المرتهن اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان هلك في يد الراهن هلك
بغير شيء وللمرتهن ان يسترجعه الى يده فاذا اخذه عاد الضمان الى هنا لفظ المختصر الا ان
قوله ليخدمه او ليعمل له عملا ليس في عامة نسخ المختصر واطلاق الاعارة تسامح لان الاعارة
تمليك المنافع بغير عوض والمرتهن لا يملكها فكيف يملكها ولكن لما كانت كالاعارة في
عدم الضمان والاسترجاع الى يد المرتهن كاسترجاع العارية الى يد المعير اطلق اسم
الاعارة وانما خرج من ضمان المرتهن بقبض الراهن لان الضمان كان متعلقا بالقبض وقد
زال قبض المرتهن فزال الضمان المتعلق به كالغاصب اذا رد العين المغصوبة الى مالكها
ولان بين يد العارية ويد الرهن منافاة لان يد الرهن مضمونة ويد العارية ليست
مضمونة فلما صحت الاعارة انتفى حكم الرهن وهو كونه مضمونا قال فان هلك في يد الراهن
هلك بغير شيء لزوال القبض المضمون ولانه تلف في يد مالكه فلا يجب ضمانه على غيره قال
وللمرتهن ان يسترجعه الى يده وذلك لان عقد الرهن ما بطل بالاعارة اذ هو باق الا في حكم
الضمان لان المرتهن صار بعقد الرهن اخص بالرهن من الراهن وصار بمنزلة المالك له
ولهذا لو مات الراهن قبل رد الرهن كان المرتهن احق به من سائر الغرماء فاذا كان المرتهن
اخص به والعارية عقد تبرع لا يتعلق به لزوم الاستحقاق وكان للمرتهن ابطاله كما كان
للمالك ابطال العارية وانما لم يبطل الرهن بذلك قبض المرتهن لان استحقاقه تعلق

بالقبض الاول فخروجه من يده بعد ذلك لا يوجب بطلان حقه كما لو غصبه من يده غاصب
ولا يلزم من عدم الضمان بقبض الراهن عدم بقا الرهن لان الضمان ليس من لوازم الرهن
الا ترى ان الرهن قد يوجد ولا ضمان ثمه كما في ولد المرهونة فان حكم الرهن ثابت فيه
فاذا هلك لم يكن مضمونا واذا ثبت ان زوال يد المرتهن لا يبطل حقه من الرهن كان له الرجوع
فاذا رجع واخذ عاد الضمان لان القبض لما عاد عاد بصفته وهي الضمان قوله لما قلنا
اشاره الى قوله لمنافاة بين العارية وبين يد الراهن قوله لان لكل واحد منهما حقا محترما
فيه اي في الرهن حق للراهن في الرقبة وللمرتهن في اليد قوله وهذا بخلاف الاجاره والبيع
والهبة من اجنبي اذا باشرها احدهما باذن الآخر حيث يخرج عن الرهن فلا يعود الا بعقد
مبتدا وذلك لان هذه العقود تعلق حق لازم للغير بخلاف الاعارة فانه لم يتعلق بها
حق لازم فاذا استرجع المرتهن الى يده عاد الضمان فلم يقع حاجة الى العقد المبتدا قال
الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي ولو اجره المرتهن باذن الراهن او الراهن باذن المرتهن
او آجر احدهما بغير اذن صاحبه ثم اجازه صاحبه جازت الاجارة وبطل الرهن ويكون الاجر
للراهن وولاية قبضها الى العاقد ولا يعود رهنا اذا انقضت مدة الاجارة الا باستئناف
وكذلك لو استاجره المرتهن صحت الاجارة وبطل الرهن اذا جدد القبض للاجارة ولو هلك
في يده قبل انقضا مدة الاجارة او بعد انقضائها ولم يحبسه عن الرهن هلك امانة ولا يذهب
بهلاكه شي من الدين ولو حبسه من الراهن بعد انقضا مدة الاجارة صار غاصبا وليس للمرتهن
ان يعير الرهن فان اعاره بغير اذن الراهن وسلم الى المستعير كان للراهن ان يبطل فان
هلك في يد المستعير فالراهن بالخيار يضمن ايهما شا ولا يرجع احدهما بما ضمن على صاحبه
ويكون الضمان رهنا فلم يسلم واسترده من المستعير عاد رهنا ولو اعاره المرتهن باذن
الراهن واعاره الراهن باذن المرتهن بطل ضمان الرهن ولا يبطل الرهن حتى لو انه هلك
في يد المستعير هلك امانة ولا يسقط من الدين شي ولو هلك في يد المرتهن بعد الاسترداد
هلك بالدين وله ان يحبسه رهنا بخلاف الاجارة وكذلك لو نقص في استعماله من غير
تعد لم يضمن يذهب من الدين شي وكذلك لو استعاره المرتهن من الراهن واستعمله باذنه
بطل ضمان الرهن حتى انه لو هلك في يده باستعماله هلك امانة ولو هلك قبل استعماله
او بعد الفراغ من الاستعمال هلك بالدين وكذلك لو استعمله الراهن باذن المرتهن
بطل ضمان الرهن ولا يبطل عقد الرهن وللمرتهن ان يعيده رهنا ولا يبطل حقه من الحبس
باستعمال الراهن باذنه كذا في شرح الطحاوي قوله ولو مات الراهن قبل الرد
الى المرتهن يكون المرتهن اسوة الغرما يعني فيما اذا باشر احدهما الاجارة او البيع
او الهبة ثم مات الراهن قبل وصول عين الرهن الى يد المرتهن كان المرتهن اسوة لسائر

الغرما

الغرما لان هذه العقود لازمة فبطل بها عقد الرهن وكان المرتهن وسائر الغرماء سواء
بخلاف ما اذا اعاره احدهما باذن الآخر فمات الراهن قبل الرد الى المرتهن حيث كان المرتهن
اخص به من سائر الغرماء لان الاعارة ليست بعقد لازم فلم يبطل بها الرهن فاذا بطل الرهن
بالعقود المذكورة ثم انفسخت لم يعد الرهن الا بعقد وقبض لانه انفسخ بطريان ما يوجب
الاستحقاق قوله واذا استعار المرتهن الرهن من الراهن ليعمل به فهلك قبل ان ياخذ
في العمل هلك في ضمان الرهن ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قال الكرخي في مختصره واذا استعار
المرتهن من الراهن الرهن ليعمل له عملا فمات قبل ان ياخذ في العمل مات على ضمان الرهن وكذلك
ان مات بعد الفراغ من العمل وان مات في العمل مات بغير ضمان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وذلك لان يد المستعير مخالفة ليد المرتهن لان العارية لا يتعلق بقبضها ضمان والرهن
يتعلق بقبضه الضمان فاذا اذن الراهن للمرتهن ان يستعمل الرهن فما لم يستعمله فيد الرهن
باقية عليه فاذا هلك هلك على الضمان وكذلك اذا استعمله ثم فرغ من العمل ثم هلك فقد زالت
يد العارية فعادت يد الضمان واذا هلك في حالة العمل فقد هلك بعد زوال قبل الرهن
وحدوث قبض آخر غير مضمون واذا هلك في هذه الحالة هلك على الامانة وذكر فخر الدين
قاضي خان انهما لو اختلفا في وقت الهلاك فادعى المرتهن انه هلك حالة العمل وادعى الراهن
انه هلك في حالة العمل كان القول قول المرتهن والبينة بينة الراهن قوله ومن استعار
من غيره ثوبا ليرهنه فما رهنه من قليل او كثير فهو جائز وهذه المسائل من هنا الى قوله وجناية
الراهن على الرهن مضمونة من مسائل الاصل ذكرها بسبيل التفريع قال الشيخ ابو الحسن الكرخي
واذا استعار الرجل من الرجل شيئا ليرهنه ثوبا او عبدا او غير ذلك من العروض فاعاره فله
ان يرهنه باي شي من الدين شا وبما شا منه قليلا كان ذلك او كثيرا اذا لم يكن سمى له ما يرهنه
به وان سمى له قدرا من الدين فليس له ان يرهنه باقل من ذلك ولا اكثر وكذلك ان
سمى صنفا فليس له ان يرهنه بصنف غيره فان رهنه بغير ما سمى من القدر او من صنوف الدين
فتوى ضامن لقيمة الثوب ان هلك في يد المرتهن الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قال القدوري
والاصل في جواز الاستعارة للرهن ان المالك رضي بتعلق الدين المستعير بماله وهو يملك
ذلك كما يملك ان تعلقه بذمته بالكفالة وكما لو امر عبده بان يتكفل عنه جاز وفي ذلك
تعليق الدين برقبة العبد الذي هو على ملكه وكذلك ان اذن له في رهنه فقد علق الدين
برقبته ولان الرهن للاستيفا والمالك يملك ان ياذن للمستعير في ايفا دينه من ماله واذا
ثبت جواز الرهن قلنا ان اطلق الاذن فللمستعير ان يرهنه بالقليل والكثير وباي جنس شا
لان اذنه في رهنه عام في كل قدر وفي كل جنس ومن حكم اللفظ العام ان يحمل على العموم الا
ان يمنع من ذلك مانع قوله وهو قضا الدين اي التبرع بملك العين وايفا الدين

فانه لو اذن لاخر ان يقضي دينه من ماله جاز فكذا اذا تبرع بملك اليد وحده وهو
اعارة الرهن ولا يلزم من وجود احدهما وجود الاخر ولا من عدمه عدم الاخر الا تري ان
المجنون والصبي لهما ملك العين وليس لهما ملك اليد فيما انفصل احد الملكين ثم عن الاخر
ثبوتا جاز هنا ايضا بان يثبت للمرتهن ملك اليد لا العين وهنا كما ينفصلان ثبوتا اعني
انه لا يلزم من عدم احدهما عدم الاخر الا تري انه لو باع بشرط الخيار للبايع وسلم المبيع
الي المشتري يزول ملك اليد لا ملك العين فلما جاز استعارة الرهن لما قلنا جاز له ان يرهنه
بما بدا له من قليل او كثير بمقتضيه اطلاق اللفظ لان الاطلاق واجب الاعتبار خصوصا في الاعارة
فانها لا تفضي فيما لحقه الي المنازعة نصار كما اذا اعار ثوبا ليلبسه فله ان يلبسه فيما بدا له
قوله ولو عين قدرا لا يجوز للمستعير ان يرهنه باكثر منه ولا باقل منه اي لو عين معير الرهن
قدرا معلوما ليس للمستعير ان يرهن المستعار بما هو اقل من ذلك القدر ولا باكثر قال الحاكم
الشهيد في الكافي ولو سمي له شيئا ورهنه باقل منه او باكثر ضمنه قال شيخ الاسلام علا الدين
الاسبيجابي فرق بين هذا وبين الوكيل بالبيع اذا سمي له ثمنا له ان يبيعه باكثر من ذلك لانه
اذا باع باكثر مما سمي له كان ذلك خلافا الي خير حيث حصل مقصوده وزيادة فلا يعد خلافا
وهنا الرهن باكثر لا يكون خيرا له مطلقا لانه ان كان خيرا له بازدياد ضمان المحل لا يكون
خيرا بازدياد مؤنته في الفكاك فكان تصرفه دائرا بين المضرة والنفع فلا يكون خيرا
مطلقا وكذلك ان رهنه باقل منه لانه اذا كان خيرا من وجه فهو شر من وجه اخر لنقصان ضمان
المحل فلو لم يرض به ثالث وهذا اذا كانت قيمته مثل ما سمي او اكثر اما اذا كانت اقل وقد
رهنه بمثل قيمته او اكثر ينبغي ان لا يضمن لانه يكون مضمونا بقيمته ان كانت اقل وقد رضي به
قوله وهو ينفي الزيادة اي تعيين المعير قدرا معينا ينفي الزيادة علي ذلك القدر
لان غرضه بذلك القدر احتباس مالية الرهن بما تيسر للمعير اداؤه عند الاحتياج الي
فكاكه وكذلك ينفي النقصان ايضا لان غرضه ان يرجع عند الهلاك علي المستعير بالكثير
بمقابلة الهلاك بالقليل قوله وكذلك التقييد بالجنس وبالمرتهن وبالبلد اي ينفي خلاف
ذلك وهذا لانه ربما يكون الفكاك بالجنس الذي عينه ايسر تماما بعينه فالرضي بجنس لا يكون
رضا بجنس اخر وكذلك اذا رهن من رجل غير الذي سماه لان الناس يتفاوتون في
الامانة فالرضا بالوضع عند رجل لا يكون رضا بالوضع عند رجل اخر ولو قال ارهنه
بالكوفة فرهنه بالبصرة فهو ضامن لان الرضا بالحفظ في موضع لا يكون رضا بالحفظ في
موضع اخر لان الاماكن ربما تتفاوت في معنى الحفظ والصيانة قوله واذا خالف كان
ضامنا اي فان خالف مستعير الرهن الي غير ما سمي المعير من الجنس والمرتهن والبلد
كان ضامنا قيمة الثوب المستعار للرهن ان هلك في يد المرتهن لانه تصرف في ملكه علي وجه

لم يأذن

لم يأذن له فصار غاصبا قال الكرخي في مختصره وللمعير ان ياخذه من يد المرتهن ويفسخ الرهن
فيه اذا كان معلوما انه عارية من صاحبه وذلك لانه لما لم ياذن له في هذا الرهن صار
كانه يملكه بغير امره فله ان ياخذه من يد المرتهن قوله ثم ان شا المعير ضمن المستعير
يعني بعد وجوب الضمان بخلاف المستعير كان المعير مخيرا في التضمين ان شا ضمن المستعير وهو
الراهن فيتم عقد الرهن لانه يملكه بالضمان سابقا علي الرهن وان شا ضمن المرتهن فلا ينعقد الرهن
لانه لا يصح بملك متأخر عن الرهن ويرجع المرتهن علي الراهن بدينه وهو ظاهر ويرجع بقيمة الثوب
التي ضمنها ايضا لانه غره في ذلك كما اذا مات العبد المرهون ثم استحقه رجل فضمن المستحق احدهما
وقد مر بيان ذلك قبيل هذا الباب قوله فان وافق بان رهنه بمقدار ما امره به
ان كانت قيمته مثل الدين او اكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن قال الحاكم
الشهيد في الكافي واذا استعار الرجل من الرجل ثوبا ليرهنه بعشرة فرهنه بعشرة وقيمة الثوب
عشرة او اكثر فهلك عند المرتهن بطل المال عن الراهن ووجب مثله لرب الثوب علي الراهن
لانه في ضمن ايفا المرتهن صار المعير معترضا مثله من الراهن ويرجع بمثله عليه وكذلك ان
اصابه عيب ذهب من الدين بحسابه اي بقدر حصة العيب ووجب مثله لرب الثوب علي
الراهن لما قلنا وينبغي لك ان تعرف ان المراد من قوله ووجب مثله لرب الثوب اذا كانت
القيمة مثل الدين لان قيمة الثوب اذا كانت اكثر من الدين ملك الزايد علي قدر الدين
امانة اذا وافق المستعير وقد وافق حيث لم يخالف المعير فيما سمي وان كانت قيمة الثوب
اقل من الدين بان كان الثوب يساوي خمسة وقد رهن بعشرة فاعسر الراهن ولم يجد
ما افتكه فهلك الثوب في يد المرتهن ذهب خمسة وعلي الراهن خمسة للمرتهن بقية دينه
لان الرهن يهلك بالاقل من قيمته ومن الدين وخمسة لرب الثوب علي الراهن لانه صار
معترضا اياه هذا القدر قوله ولو كانت قيمته مثل الدين فاراد المعير ان يفكه جبرا
عن الراهن لم يكن للمرتهن اذا قضي دينه ان يمتنع قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو اراد رب
الثوب ان يفكه وقيمته مثل الدين حين اعسر الراهن لم يكن للمرتهن ان يمتنع من دفعه اليه
اذا قضاه دينه لانه ليس بمتطوع في قضاء دينه بل هو محتاج الي ذلك لتخليص ملكه لانه يحتبس
بحقه فكان له ان يعطيه حقه ويأخذ ملكه فاذا امتنع من ذلك فقد منع ملكه ووصول
الحق اليه فلا يكون له ذلك ويرجع المعير بما ادي علي الراهن لانه قضي دينه فهو
مضطر في ذلك فلا يوصف بكونه متبرعا ولان الراهن رضي بقضاء دينه من ماله حين استعاره
لحاجته تفضي الي ذلك فكانه حقق هذا المعني ومن قضي دين غيره بامره يرجع عليه وكان
ينبغي ان يكون له حق الاخذ منه من غير قضاء الدين لانه اعارة والعواري لا تكون لازمة
الا انه عارية من وجه واقراض من وجه في ضمن ايفاء الدين من وجه فصار كما لو اقرضه

مطلقا و وقع قضا الدين به فلزمه لتعلق حق المعير به فلهذا وقال الكرخي في مختصره
فان عجز الراهن عن فكاكه فافتكه رب العبد رجع بما كان الرهن هلك به ولا يرجع باكثر
من ذلك وهو متطوع فيما زاد عليه فان ابي المرتهن ان يقبل الفكاك من رب العبد لم يكن
له ذلك واجبر علي ان يقبض منه دينه ويسلم الرهن الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله وانما كان
للمعير ان يفتك العبد لانه لا يتوصل الي ماله الا بالفكاك فكان ماذونا فيه ولا يكون متبرعا
لانه يتوصل بقضا دين غيره الي سلامة ملكه فصار كالوارث اذا قضي دين الميت يرجع به
في التركة كصاحب العلو اذا بني السفل الا انه جعل له الرجوع مقدار المضمون الذي كان
يصير المرتهن مستوفيا له بهلاك الرهن بيانه انه اذا اعاره عبدا قيمته مايه واذن له
ان يرهنه بمايتين رجع بمايه لان العبد لو هلك في يد المرتهن صار مستوفيا لهذا القدر
ولم يكن للمعير ان يرجع باكثر منه فكذلك اذا قضي بنفسه لم يرجع باكثر منه ويكون متطوعا
في الزيادة التي قضاها ولا يقال انه لا يتوصل الي خلاص عبده الا بقضا الجميع فلا يكون
متبرعا في الزيادة لان استيفا المرتهن بالهلاك كاستيفايه بالمباشرة فلا يرجع المعير
اذا ادي بالمباشرة الا بما يرجع به اذا وفي من طريق الحكم كذا ذكره القدوري في
شرحه قوله ولو هلك الثوب العارية في يد الراهن قبل ان يرهنه او بعدما افتكه
فلا ضمان عليه وذلك لان العارية امانة الا ان يجعل اقراضا فحينئذ يجب الضمان
وهذا لانه انما يكون اقراضا عند الهلاك في الرهن بمالية الثوب لانه يصير قاضيا
دينه من مالية الرهن فاذا قضي دينه من مال غيره بامره صار الراهن مستقرضا وصاحب
الثوب مقرضا وان كان استقراض الثوب لا يصح لكونه من غير ذوات الامثال ولكنه
انما يصير مستقرضا حكما من مالية الثوب لانه انما يقع الاقراض حكما في ضمن قضا الدين وانما
يقع ذلك بماليته لا بصورته فكذا الاقراض قضا واعارة في ابتدايه اقراضا في عاقبته
وهنا فيما نحن فيه لم يوجد الهلاك الا والرهن عارية محضه فلا يوجد فيه معني قضا الدين
فلا يجب الضمان قوله علي ما بيناه اشارة الي قوله لانه صار قاضيا دينه قوله ولو
اختلفا في ذلك فالقول للراهن يعني قال رب الثوب هلك قبل الفكاك وقال الراهن
هلك بعد الفكاك فالقول قول الراهن قال في الشامل اختلفا في الهلاك بعد الاسترداد من
المرتهن او قبله وكذلك في الضمان فالقول للمستعير والبينة للمعير لانه ينكر قضا دينه
من مال غيره قال اخذت المال ورددت الرهن وانكر الراهن الرد واقاما البينة
فالبينة بينة الراهن لان معني قول الراهن انه مضمون عليك والواجب رده والمرتهن
ينكر قوله في هاتين الحالتين اراد بهما ما قبل الرهن وما بعد الفكاك قوله كما اختلفا في
مقدار ما امره بالرهن به هكذا وقع في النسخ وليس ذا بصحيح لان الغرض مختلف ولفظ

التشبيه ينافيه وهذا لان في الاول القول قول الراهن وهو المستعير وفي الثاني قول
المعير لا المستعير والصحيح هذا لان في الاول القول قول الراهن ان يقال ولو اختلفا في
مكان قوله كما لو وصورته ما قال الحاكم في الكافي فان كان الثوب عارية فقال رب
الثوب امرتك ان ترهنه بخمسة وقال المستعير بعشرة فالقول قول رب الثوب وذلك لانه
لو انكر الامر اصلا كان القول قوله فكذا اذا انكر وجها في الامر والبينة بينة المستعير
لانه المدعي قوله في انكاره اصله اي اصل العارية وتذكير الضمير الراجع اليها تاويل عقد
العارية قال الكرخي في مختصره في باب اختلاف الراهن والمرتهن واذا ارتهن الرجل من الرجل
جارية ثم اختلفا في الرهن فقال الراهن رهنتها عندك بخمسمايه وقال المرتهن رهنتها عندي
بالف كان القول قول الراهن مع يمينه ولم يكن رهنا الا بخمسمايه وكذلك ان كان الالف علي
الراهن واختلفا علي ما وصفت لك الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان الراهن لم يعترف
انه علق بعين الرهن الا بخمسمايه وادعي المرتهن انه تعلق بالعين اكثر من ذلك فالقول قول
المالك في قدر ما تعلق بملكه ولانه لو قال لم ارهنه كان القول قوله فكذا اذا قال
رهنته بقدر دون قدر فان القول قوله ثم قال الكرخي فان قال الراهن رهنتها بك
بجميع الدين الذي لك علي والدين الف وقال المرتهن ارهنتها بخمسمايه والجارية
تساوي الفا فان الحسن روي عن ابي حنيفة ان القول قول الراهن ويتحالفان ويترادان
الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لانهما اختلفا فيما وقع عليه العقد وهو مما يلحقه
الفسخ ولا يقصد به التبرع فصار كالبيع ولان الراهن لم يرض الا ان يملك رهنه الا
بجميع دينه وله في ذلك غرض صحيح فلم يجز ان يلزمه العقد علي وجه لم يرض به ثم قال
الكرخي فان هلك الرهن قبل ان يتحالفا كان علي ما قال المرتهن وذلك لانه لم يعترف
الا بمقدار من الضمان فلم يجز ان يلزمه اكثر منه قال ابو الحسن ولو اتفقا علي ان الجارية
رهن بالف واختلفا في قيمة الجارية وقد هلكت في يد المرتهن وقال المرتهن قيمتها
خمسمايه وقال الراهن كانت قيمتها الفا فالقول قول المرتهن مع يمينه وكذلك
لو كانا ثوبين فهلك احدهما كان القول قول المرتهن في قيمة الهالك وذلك لان
الضمان يجب عليه بالهلاك فالقول قوله في قدره كالغاصب ثم قال فان اقام الراهن
البينة علي اكثر من ذلك فالبينة بينته وذلك لانه ادعي زيادة الضمان واقام عليه
البينة ثم قال وكذلك ان ادعي المرتهن انه رهنه هذين الثوبين بالف وقال الراهن
رهنته هذا لا احدهما بالف لم يقبل دعوي منهما علي صاحبه وحلف كل واحد منهما علي دعوي
الاخر وذلك لانهما اختلفا في المعقود عليه فصار كالاختلاف في المبيع ثم قال وقال في
الاصل اذا اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن رهنتك هذا الثوب وقبضته مني

واعطيتني عشرة واقام البينة على ذلك وقال المرتهن بل رهنتها فاقام البينة فالبينة
بينة المرتهن ومعناه جميعا رهن بما ادعى بعشرة وذلك لانه لا تنافي بين البينتين الا ترى انه قد
يرهنه احدهما ويرده الآخر ثم قال الكرخي وكذلك لو قال الراهن رهنتك هذا الثوب
وقال المرتهن بل رهنتني هذا الآخر واقام على ذلك البينة وبالعكس فالبينة بينة المرتهن
وذلك لان الرهن حق المرتهن وقد ادعاه بعد جحود الراهن فاقام البينة واثبت له الراهن
حقا آخر ورد اقراره فيه فبطل وهذا كمن ادعى على غيره عشرة دراهم واقام البينة فاعترف
له الآخر بدينار فرد اعترافه ثم قال الكرخي وان اختلف الراهن والمرتهن فقال الراهن قبضته
مني الرهن فهلك في يدك وقال المرتهن قبضته مني بعد الرهن فهلك في يدك فالقول في
ذلك قول الراهن مع يمينه لان المرتهن قد اقر بقبضه فهو في ضمانه وهو منكر له فان اقاما
جميعا البينة على ما قالا اخذت ببينة الراهن لانه المدعي للفضل لان هلاك الرهن في
يد المرتهن بمنزلة القضاء فان قال المرتهن هلك في يد الراهن قبل ان اقبضه وقال الراهن
هلك في يد المرتهن فالقول قول المرتهن لانه لم يقر بقبض شيء فان اقام كل واحد منهما البينة
اخذت ببينة الراهن الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان بينة الراهن تثبت الضمان وبينة
المرتهن تنفيه والباقي يعلم في مختصر الكرخي وشرحه قوله ولو رهنه المستعير بدين
موعود وهو ان يرهنه ليقرضه كذا الى آخره صورته ما قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو
استعار عبدا يساوي الف درهم ليرهنه بالف درهم فلم يقبضها حتى مات العبد في يد المرتهن
فعلى المرتهن الف درهم للراهن لانه صار مستوفيا لمالية الرهن عند الهلاك من قبل
الراهن وعلى الراهن الف درهم لصاحبه وهو المعير لانه صار مقرضا اياه هذا القدر
يضمن اي يضمن المرتهن للراهن قوله لما بينا انه كالموجود اي ان الموعود كالموجود
واشار به الى ما ذكر في باب ما يجوز ارتهانه عند قوله والرهن بالدرك باطل لقوله
لان الموعود جعل كالموجود قوله مثله اي مثل قدر الموعود المسمى الذي اخذه الراهن
من المرتهن قوله لان سلامة مالية الرهن باستيفائه من المرتهن كسلامته ببراءة ذمته
عنه والضمير في باستيفائه وفي كسلامته راجع الى الراهن وفي ذمته راجع الى الراهن
وفي عنه راجع الى الدين يعني لو سلم الرهن للراهن بان تبرأ ذمته عن الدين بان كانت
ذمته مشغولة بالدين فهلك الرهن عند المرتهن كان يرجع معير الرهن على الراهن المستعير
فكذا يرجع عليه بان يسلم الرهن للراهن باستيفاء الراهن مالية الرهن من المرتهن قوله
ولو كانت العارية عبدا فاعتقه المعير جاز وذلك لانه بالعارية لم يزل ملك المعير فجاز
اعتاقه لبقاء الملك ثم المرتهن بالخيار ان شاء رجع بدينه على الراهن لان الدين عليه
ولم يستوفه وان شاء ضمن المعتق لانه بالاعتاق اتلف حقا للمرتهن تعلق بماله برضاه

فيضمن

فيضمن قيمة الرهن فيكون رهنا مكانه عنده الى ان يقبض المرتهن الدين فاذا قبض الدين
يرد قيمة الرهن الى المعير لانه لو كان العين باقية كان يردها بعد قضاء الدين فكذلك
القيمة لان استرداد القيمة كاسترداد العين قوله ولو استعار عبدا او دابة ليرهنه
فاستخدم العبد او ركب الدابة قبل ان يرهنها ثم رهنها بمال بمثل قيمتها ثم قضى المال فلم
يقبض الرهن حتى هلك عند المرتهن فلا ضمان على الراهن لانه برئ من الضمان حين رهنها
لانه بترك الخلاف يعود امينا عندنا والمال على المرتهن لصيرورته مستوفيا بالهلاك
لوقوع الاستيفاء ويرده على الراهن ويأخذه المعير في رواية وفي رواية يرده المرتهن
على المعير ولا يجعل الراهن واسطة كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
ثم قال في الكافي فلو افتكه الراهن وقبضه ثم ركب الدابة او استخدم العبد فهو ضامن لانه
انتفع به لا من الوجه الذي اذن فان لم يعطب في الركوب والخدمة ثم عطب بعد ذلك
من غير صنعه فلا ضمان عليه لانه برئ بترك الخلاف فعاد امينا كذا في شرح الكافي وقال
الكرخي في مختصره وليس للمستعير ان يستخدم الرهن ولا يركبه ان كان دابة ولا يلبسه ان
كان ثوبا ولا يستعمله في شيء غير ان يرهنه حسب لا يفعل ذلك قبل الرهن ولا بعد فكاكه
فان فعل ضمن الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان المعير اذن له في الرهن ولم يأذن له في
غيره من التصرف فاذا فعل صار متصرفا في ملك غيره بغير امره ثم قال الكرخي فان فعل
قبل ان يرهنه ثم رهنه بمثل قيمته من الدين ثم قضى المال وقبضه برئ من الضمان وقال
في كتاب الاصل برئ من الضمان حين رهنه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري
وانما قلنا انه اذا زال التعدي برئ لانه في حكم المودع الا ترى انه لم يقبض العين لينتفع
بها وانما قبضها ليوفي دينه منها فصار كمن دفع الى رجل دراهم فقال اقض بها دينك واذا
كان في حكم المودع زال الضمان بزوال التعدي وليس كذلك اذا استعار العين لينتفع
بها لان يده ليست قائمة مقام يد المالك وانما هي لنفسه فلا تبرأ بزوال التعدي
من الضمان واما اختلاف الرواية التي ذكرها فيجب ان يكون لاختلاف وضع المسألة فاذا
تعدى بالركوب فاقام التعدي حتى رهن وسلم زال الضمان لانه ازال التعدي وتصرف
على الوجه المأذون فيه والمسألة الاخرى محمولة على انه رهن على وجه لم يأذن فيه المالك
فيكون متعديا بالرهن ايضا فلا يبرأ من الضمان فاذا فكه ورده الى يده فقد زال التعدي
فبرئ من الضمان كذا في شرح القدوري ثم قال الكرخي في مختصره وقال ابن سماعة عن ابي يوسف
في نوادره سمعت ابا يوسف قال في رجل اخذ ثوبا على ان يرهنه بدرهم وقيمته عشرة
فرهنه بدرهم فضاع قال على الراهن قيمة الثوب لانه خالف ارايت لو امره ان يبيعه
بعه بدرهم ان رجلا استعار من رجل ثوبا ليرهنه بعشرة دراهم والثوب يساوي عشرين

فرهنه المستعير باحد عشر كان مخالفًا ولم يكن رهنًا وكان للذي اعاره الثوب ان
ياخذه وان ضاع في يد المرتهن ضمن المستعير جميع قيمته لصاحبه وذهب الدين بما فيه
بين المستعير والمرتهن قال فان رهنه بتسعة كان ايضًا مخالفًا ولم يكن رهنًا وكان للذي
اعاره الثوب ان ياخذه الا ان يضيع فيضمنه قيمته الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله
وهذا بخلاف المستعير اي مستعير الرهن اذا خالف ثم عاد الي الوفاق حيث يبرا عن الضمان
بخلاف المستعير في غير الرهن حيث لا يبرا عن الضمان اذا خالف ثم عاد الي الوفاق ما لم يرد
العين الي مالكه والفرق ان يد المستعير يد نفسه فلا يبرا الا بالرد الي المالك اما مستعير
الرهن فكالمودع يبرا عن الضمان بالعود الي الوفاق لان تسليمه الي المرتهن محصل مقصود
المعير وهو الرجوع علي الراهن عند هلاك الرهن وعند حق الاستيفاء فكان الرد الي يده
بالوفاق كالرد الي يد المالك حكما فيبرأ وفي المستعير المطلق اذا عاد الي الوفاق اختلاف
المشايخ فالاصح انه لا يبرأ عن الضمان وقد مرت المسئلة بطولها في اول كتاب الوديعة وذلك اختيار
شمس الائمة السرخسي اما اختيار شيخ الاسلام ابي بكر المعروف بخواهر زاده انه يبرا عن الضمان
استدلالًا وذلك لانه تعلق حق الغير بالمال فجعل بالمالك كالاجنبي الا ان تعلق حق
الورثة بمال المريض يمنع نفوذ تصرفه فيه بالتبرع والورثة اذا اتلفوا العبد الموصي
بخدمته لزمتهم قيمته يشتري بها عبد يقوم مقامه فاذا صار بمنزلة الاجنبي لزمه
ما جني عليه لما فيه من ابطال حق المرتهن قوله قال وجناية المرتهن عليه تسقط
من دينه بقدرها اي قال القدوري في مختصره والضمير عليه راجع الي الرهن وفي دينه
الي المرتهن وفي بقدرها الي الجناية وذلك لانه اتلف ملك غيره ومن لزمه الباقي لانما
زاد علي قدر الدين من القيمة كان امانة وانما ضمنه بالاتلاف لا بعقد الرهن فهو بمنزلة
الوديعة اذا اتلفها المودع يلزمه الضمان كذا في شرح الاقطع وباقي البيان مر في هذا
الباب عند قوله ولو استهلكه المرتهن والدين مؤجل غرم القيمة قوله وجناية
الرهن علي الراهن والمرتهن وعلي مالهما هدر اي قال القدوري في مختصره قال شيخ الاسلام
ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا رهن الرجل عبدًا بالف درهم وقيمته الف فجني علي الراهن
في نفسه او ماله جناية توجب مالًا فهي هدر في قولهم جميعًا الي هنا لفظ الكرخي قال
القدوري وذلك لان المولي لا يثبت له علي عبده دين فحكم جناية الخطا حكم الدين الا ترى
ان المولي يملك ان يثبت عليه بكل واحد من الامرين ولا يقبل اقرار العبد بهما فاذا لم
يثبت احدهما لم يثبت الآخر وليس كذلك جناية العبد لانها تثبت باقرار العبد ولا
تثبت باقرار المولي عليه فصار المولي معه فيها كالاجنبي ولان الرهن علي ملك الراهن وانما
ثبتت جنايته علي المرتهن لان تعلق حقه جعل المولي كالاجنبي فلا فائدة للمرتهن في ثبوت

هذه

هذه الجناية فلم يثبت وليس هذا كجناية المغصوب علي المولي لان المغصوب مضمون ضمانًا يتعلق
به التمليك فصار كعبد الغاصب والرهن ليس بمضمون علي الحقيقة وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي قيل هذا قول ابي يوسف ومحمد اما علي قول ابي حنيفة تعتبر جناية
الرهن علي الراهن لانه مضمون علي المرتهن فاشبه الغاصب ثم جناية المغصوب علي المغصوب
منه علي هذا الاختلاف فهذا كذلك ثم قال والصحيح ان هذا قول الكل لانه ليس بمضمون
مطلق بل هو مضمون لغيره وعينه امانة فكان في معني الامانة وقضية وصف الامانة ان يكون
جنايته هدرًا ولهذا كان جناية العبد علي المشتري قبل القبض هدرًا وان كان في ضمان
البائع لانه مضمون عليه لغيره فهذا كذلك وكذلك جنايته علي مملوك ومتاعه واما اذا
جني الراهن علي المرتهن فهو هدر في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد جنايته علي
المرتهن ثابتة اذا كانت في بني آدم فان شاء الراهن والمرتهن ابطلا الرهن ودفعاه بالجناية
الي المرتهن وان شاء المرتهن قال لا اطلب الجناية فيكون رهنًا علي حاله كذا ذكر
الكرخي في مختصره وجه قولهما انه لو كان مضمونًا مطلقًا كانت جنايته علي الضامن معتبرًا
عندهما ففي موضع يكون امانة من وجه لا يكون معتبرًا اولي ولان في ثبوت هذه الجناية
فائدة للمرتهن الا تري ان المولي يختار الدفع فيتملك المرتهن العبد ويجوز ان يكون له
غرض في تملكه وان سقط دينه ويجوز ان يكون سعيه دينه واسقاط حكم الجناية انفع
له فلذلك يتخير بين الامرين وليس كذلك اذا جني في مال المرتهن لانه لا يتملك العبد
باتلاف المال وانما يجب له مال يرجع به علي العبد ولا فائدة في ذلك لان مالية العبد
مستحق له بدينه يباع فيه فلم يكن فائدة في اعتبار جنايته علي ماله ولابي حنيفة رضي الله عنه
انه من وجه امانة ومن وجه مضمون واعتبار وجه الامانة يوجب الاهدار واعتبار
وجه الضمان يوجب الاهدار فلا يعتبر بالشك لانا لو اعتبرناه بالشك لابطلنا عقدًا
متيقنًا باعتقاده لانه عند الاعتبار يخرج من الرهن لصيرورته في معني الهالك
والعين لا يبطل بالشك ولانا لو اثبتنا حكم هذه الجناية وطولب الراهن بها رجع علي
المرتهن لانها حصلت والعبد في ضمانه فمن حيث ثبت حكم الجناية يسقط فلا فائدة في
الاثبات وهذا معني قوله فلا يفيد وجوب الضمان له مع وجوب التخليص عليه ولانه لو
جني في يد مالك المرتهن لم يثبت حكم جنايته بالاتفاق فكذلك اذا جني في نفسه لان موجب كل
واحد من الجانبين المال قال الكرخي في مختصره قال محمد وهذا اذا كان قيمته والدين سوا
لا فضل فيه قال القدوري في شرحه ولم يذكر قول ابي حنيفة اذا كان في قيمته فضل ثم قال
القدوري وقد روي عنه ان حكم الجناية يثبت في مقدار الامانة لانه ليس في ضمانه فيصير
كعبد الوديعة وقال في الرواية الاخري لا يثبت حكم الجناية لان مقدار الامانة رهن

في يده فصار كمعتد ادا المضمون قال صاحب الهداية وهذا بخلاف جناية الرهن على ابن
الراهن او ابن المرتهن يعني ان جناية الرهن على المرتهن هدر عند ابي حنيفة بخلاف
جنايته على ابن الراهن او ابن المرتهن فانه يعتبر بالاتفاق قال في شرح الكافي ولو
كانت الجناية على ابن الراهن او ابن المرتهن كانت كالجناية على الاجنبي يدفع بها او يفدي
لانه لا يعد في حقه فان دفع خرج من الرهن وان فدي ظهرت من الجناية فيكون
رهنا على حاله والفدا على المرتهن لانه لو هلك هلك عليه فيكون دفع الهلاك عليه وقال
الكرخي في مختصره وقال محمد وان افسد متاعا للمرتهن وقيمته الف وهو رهن بالف
فطلب المرتهن ان ياخذه بقيمة المتاع فانه يعرض على الراهن ان شا فدي عنه نصف
ذلك الدين وحصل نصفه على المرتهن وان كره ان يفدي بيع العبد في ذلك كله فان بقي شي
بعد فكاك الدين اخذ الراهن نصفه والمرتهن نصفه الي هنا لفظ الكرخي وذلك لان القيمة
اذا زادت على الدين فالزيادة امانة فيثبت حكم جنايتها على المالك فان اختار المولي فدا
الدين قيل له افد المولي نصفه لان حصة الامانة ثابتة وحصة المضمون ليست بثابتة
على ما قدمنا في قولهم فاذا فدى المولي النصف نال الدين فبقي العبد رهنا بحاله وان اختار
البيع بيع العبد كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** والمراد بالجناية على النفس ما يوجب
المال به صرح الكرخي وقد مر قبل هذا وهي ما اذا كانت الجناية خطا في نفس او فيما دونها
وهذا لان ما يوجب القصاص معتبر بالاجماع **قوله** اما الوفاقيه اي المسيلة الاتفاقية
وهي جناية الرهن على الراهن فهي هدر بالاتفاق **قوله** بخلاف جناية المغصوب على
المغصوب منه اي جناية الرهن على الراهن هدر بالاتفاق بخلاف جناية المغصوب على المغصوب
المالك فانه معتبر عند ابي حنيفة وذلك لان الملك عند ادا الضمان يثبت للغاصب
مستندا الي وقت الغصب فكان جنايته على المالك جناية على غير المالك كما في الحال جناية
العبد المغصوب على مولاه وعلى مال مولاه معتبرة وعندهما هدر وجنايته على الغاصب وعلى
ماله هدر عنده وعندهما معتبرة فهما اعتبرا الحال لان العبد في الحال ملك المغصوب منه
وقد جنى على غير المالك وابو حنيفة اعتبر المال لان الغاصب يملكه بالضمان فظهر في الاخرة
ان العبد كان ملكا له فكانت جنايته عليه هدر وعلى غيره معتبر **قوله** في الخلافية اي
في المسيلة الخلافية وهي مسيلة جناية الرهن على المرتهن **قوله** ثم ان شا الراهن والمرتهن
ابطلا الرهن اي بالدفع وهذا التفريع على قولهما **قوله** قال ومن رهن عبدا يساوي
الفا بالف الي اجل فنقص في السعر فرجعت قيمته الي ماية ثم قتله رجل وغرم قيمته ماية ثم حل
الاجل فان المرتهن يقبض الماية قضا عن حقه ولا يرجع على الراهن لشي اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رهنه رجل عبدا يساوي الفا بالف الي

اجل

اجل فنقص العبد حتى صار يساوي ماية ثم قتله رجل فغرم قيمته ماية درهم ثم حل الاجل
قال يقبضها المرتهن قضا من ماله ولا يرجع على الراهن بشي من التسع ماية فان قتله عبد فدفع
مكانه افتكه الراهن بجميع الالف فان كانت امراة الراهن ان يبيعه فباعه بماية وقبضه
من حقه رجع بتسع ماية وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد اذا قتله عبد فالرهن بالخيار
ان شا سلم العبد المدفوع اليه الي المرتهن بماله وان شا اخذ العبد واعطاه دينه الي هنا
لفظ اصل الجامع الصغير وهنا ثلاثة فصول يجي بيانها على التوالي اما الفصل الاول فاصله
ان الرهن اذا انتقص بنقصان السعر لا يذهب به شي من الدين عندنا خلافا لزفر واذا
انتقص من عينه شي ذهب قسطه من الدين بالاتفاق وجه قوله ان المالية انتقصت
بنقصان السعر كما تنتقص بانتقاص العين وذا لا يوجب سقوط الدين بقسطه فكذا هذا ولنا
ان ضمان الرهن يجب بالقبض والاجرا بردها القبض فلذلك اثر نقصان العين في سقوط
الدين بخلاف نقصان السعر فانه لا تعلق له بالرهن لان ذلك شي يحدث في قلوب العباد
بقلة الرغايب وتحدث زيادة السعر في المبيع بكثرة الرغايب ولهذا لم يعتبر نقصان السعر
في المبيع اذا انتقص قبل قبض المشتري حتى لا يكون له خيار الرد ولذلك لا يعتبر في
الغصب ايضا حتى اذا رده الغاصب الي المالك لا يضمن نقصان السعر فاذا لم يذهب شي من الدين
بنقصان السعر في الرهن بقي رهنا بكل الدين ثم اذا قتله حر فانما غرم قيمته ماية
لان ضمان الاتلاف يعتبر يوم الاتلاف وياخذه المرتهن لان حقه متعلق بمالية الرهن فكذا
فيما قام مقامه ولا يرجع على الراهن بشي من التسعماية لان يد الراهن يد الاستيفا بالهلاك
فتقرر ان الاستيفا تقرر من الابتدا وكانت قيمته في الابتدا الفا او نقول لا يجوز ان
يستوفي الف درهم بماية درهم لانه يودي الي الربا فلم يتعلق حق الاستيفا الا بقدر الماية
وصار الباقي من الدين تاويا فيسقط به بقية الدين بخلاف ما اذا مات العبد المرهون بعد
نقصان السعر حيث يكون المرتهن مستوفيا جميع الدين بالعبد الذي انتقص في السعر لانه
يودي الي الربا لانه لا يتحقق الربا بين العبد وبين الدين وليس ذلك كاخذ العبد القاتل
لان عين العبد يجوز ان يستوفا منها جميع الدين وان كانت ناقصة عنه وعلى هذا لو قضي بقيمته
من غير جنس الدين مثل ان يقضي بالدنانير كانت رهنا بجميع الدين في قول ابي حنيفة وابي يوسف
لان الدنانير يجوز ان يستوفا منها الدراهم وان كثرت لزيادة سعرها فصارت كالعبد فلم
يسقط شي من الدين كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** حتى لا يزاد على ديته للوسيحة
قوله كان مثابلا بالدم **قوله** لان المولي استحقه بسبب المالية دليل قوله لانه بدل
المالية في حق المستحق **قوله** لا يمكن ان يجعل مستوفيا الالف بماية اي لا يمكن ان يجعل المرتهن
مستوفيا جميع دينه الذي هو الالف بماية درهم غرمها القاتل **قوله** قال وان كان امره

الراهن ان سعه فباعه بمائه و قبض المائه تقضي من حقه فيرجع بتسعمائه اي قال في الجامع
الصغير و هذا هو الفصل الثاني من الفصول الثلاثه و ذلك لانه لما باع باذن الراهن
صار كان الراهن هو الذي باعه و لو كان الراهن هو الذي باعه خرج من الرهن فكذلك
المرتهن اذا باعه باذن الراهن خرج من الرهن ولم يصل اليه الا مائه وكان الفضل واجبا
على الراهن يرجع به المرتهن عليه قوله فان قتله عبد قيمته مائه فدفع مكانه
افتكه بجميع الدين اي قال في الجامع الصغير وهذا هو الفصل الثالث وفيه خلاف ولا
خلاف في الفصلين الاولين اما في الفصل الاول فيقبض المرتهن المائه ولا يرجع على الراهن
بشيء من تسعمائه بالاتفاق و في الفصل الثاني يأخذ المائه بحقه و يرجع على الراهن بتسعمائه
بالاتفاق واما الفصل الثالث وهو ما اذا قتله عبد قيمته مائه فدفع به افتكه الراهن
بالدين كله عندنا وقال زفر يفتكه بمائه ويسقط تسعة اعشار الدين لان النقصان حصل
في ضمان المرتهن فكان كما لو قتله حر وغرم قيمته مائة درهم ووجه قول علمائنا
ان العبد المدفوع اليه قائم مقام الاول لحما ودما والاول لو تراجع سعره يفتكه بالدين
كله فكذلك ههنا وحكم الضمان لا يلحقه قيمته مائه الا ترى ان بيع عبد قيمته مائه
بالف جائز فكذلك ههنا بخلاف ما لو قتله حر فغرم قيمته مائه لان استيفاء الالف من
المائه لا يتصور فلا يبقى الضمان ثم اختلف اصحابنا بعد هذا فقال ابو حنيفة وابو يوسف
لا خيار للراهن في ان يفتكه او يدعه على المرتهن بدينه بل يجبر على الفكاك بجميع الالف
وقال محمد الراهن بالخيار ان شاء افتكه بالدين وان شاء جعله للمرتهن بدينه واحتج
محمد بان الثاني قائم مقام الاول لحما ودما ولكنه تغير عن اصله لانه غيره في الحقيقة
و التغير لا بد ان يوجب الخيار كمن غصب عبدا قيمته الف فقتله عبد قيمته مائه
فدفع به ان المغصوب منه بالخيار ان شاء تركه على الغاصب وطالبه بقيمة المقتول وان شاء
اخذ المدفوع مكانه وكالمبيع اذا قتل قبل القبض فدفع به العبد القاتل يخير المشتري
بين ان يأخذ المدفوع وبين ان يفسخ البيع لتغير المبيع ولابي حنيفة وابي يوسف ان الثاني
قائم مقام الاول لحما ودما فلو كان الاول قائما وتراجع سعره لم يكن له خيار فكذلك
ههنا ولان عين الرهن امانه عندنا كما مر في اوائل كتاب الرهن فلا يجوز جعله بضمان الدين
بغير رضا المرتهن ولان جعل الرهن بالدين حكم جاهلي رده النبي صلى الله عليه وسلم بقوله
لا يغلق الرهن باطلا فاذا بطل التمليك بالدين تعين الفكاك لانه قابل بالثالث
وليس البيع كذلك لان الخيار فيه يوجب الفسخ وفسخ المشروع والغصب يجوز تملكه من
الغاصب بقيمته بخلاف ما نحن فيه قوله فيبقى الدين بقدره اي بقدر عشر الدين
قوله لما ذكرنا اشارة الى قوله ولنا ان نقصان السعر عبارة عن فتور رغبات الناس

قوله

قوله كالمبيع اذا قتل والمغصوب اذا قتل وانما قيد بالقتل لان سعرهما لو نقص مما كان
عليه وقت الغصب والبيع لا خيار للمشتري والمغصوب منه بل يأخذهما من غير خيار
قوله ولو كان العبد تراجع سعره حتى صار يساوي مائه فقتله عبد يساوي مائه فدفع به فهو على هذا الخلاف
وهذا تكرار لا محالة لان وضع المسئلة في الفصل الثالث فيما اذا تراجع سعر الرهن الى
مائه فقتله عبد قيمته مائه فدفع به وقد ذكر الخلاف فيه فلا حاجة الى ان يقول بعد
ذلك فيه بعينه فهو على هذا الخلاف قوله واذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية
على المرتهن وليس له ان يدفع وهذه المسائل من هنا الى قوله واذا مات الراهن باع
وصي الرهن ليست بمذكورة في البداية وانما ذكرت في الهداية على سبيل التفريع قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا رهن الرجل رجلا عبدا قيمته الف درهم بالف درهم
فقتل العبد قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن لان العبد كله في ضمانه ودينه مستغرق
لرقبته فيقال للمرتهن افد العبد من الجناية فان فداه امضى رهنه وكان دينه على الراهن
على حاله والعبد رهن به كما كان وليس للمرتهن دفع العبد على حاله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
قال القدوري وانما ابتدي في الجناية بالمرتهن لانا لو خاطبنا الراهن بالجناية لجاز ان
يختار الدفع فيمنعه المرتهن من ذلك لان من حقه ان يقول انا افدي حتى اصلح رهني فلذلك
وجب ابتداؤه به في الخطاب فاذا افدى فقد اسقط الجناية عن رقبة العبد فكانها
لم تكن فيبقى الدين على حاله ولا يرجع على الراهن بشيء من الفداء لان العبد كله مضمون
وجناية المضمون كجناية الضامن فلو انه رجع على الراهن لرجع الراهن عليه وانما لم
يملك المرتهن الدفع لان الدفع تمليك الرقبة وهو لا يملك تمليكها قوله ولو فدى طهر
المحل اي لو فدى المرتهن طهر المحل وهو العبد عن الجناية وطهر بالطاء المهملة من
الطهارة قوله ولو ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية قال
الكرخي في مختصره فان ابى المرتهن ان يفدي قيل للراهن ادفع العبد او افده بالدية
فان دفع او فدى بطل دين المرتهن واخذ الراهن العبد وقد بطل الرهن فيه الى هنا لفظ
الكرخي وذلك لانه مالك للرقبة والخطاب بحكم الجناية يتوجه الى المالك وانما بدئ
بالمرتهن لما له في الفداء من الحق فاذا امتنع من الفداء طولب الراهن بحكم الجناية ومن حكمها
التخيير بين الدفع والفداء فان اختار الدفع فانه يسقط دينه لان العبد استحق بسبب كان
في يد المرتهن كاستحقاق الهلاك وهذا بخلاف ما ذكره الكرخي في آخر باب جناية الرهن
بقوله واذا رهن الرجل الرجل جارية بالف قيمتها الف او قيمتها الفان فولدت ولدا في
يد المرتهن فقتل الولد رجلا خطأ فلا ضمان على المرتهن فيه وضمان الجناية على الراهن يقال
ادفعه او افده فان دفعه خرج من الرهن ولم يذهب من الدين شيء وكانت الام رهنا

بجميع الدين وان فداه الراهن فهو رهن مع امه على حاله وذلك لان الولد ليس بمضمون
على المرتهن فلا يسقط بهلاكه شي من دينه فصار كعبد الوديعة فان جنايته على مولاه فان دفعه
فقد زال ملكه عنه وبطل الرهن ولم يسقط شي من الدين كما لا يسقط بهلاكه وان فداه سقطت
الجناية كان لم يكن فيبقى الرهن في الام كذلك ان لحقه دين فباعه الراهن خرج من الرهن
فان ادى دينه بقي في الرهن لما ذكرنا قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا يستغرق
رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم العبد فدينه على حاله كما في الفداء قال الكرخي
في مختصره لو استهلك العبد الرهن مالا يستغرق رقبته فان ادى المرتهن الدين الذي لزم
العبد كان العبد رهنا في يده على حاله وان ابى ان يودي الرهن قيل للراهن بعه في دينه
الا ان تختار ان تودي عنه الدين فان ادى الراهن الدين الذي لزم العبد بطل دين
المرتهن على الراهن وخرج العبد من الرهن وان لم يؤد الراهن دين العبد فذلك له ويباع
العبد في الدين الذي لحقه فياخذ صاحب الدين من ثمن العبد دينه فان كان ما اخذ غريم
العبد من ثمن العبد مثل ما للمرتهن على الراهن او اكثر بطل دين المرتهن على الراهن وان كان
اقل منه بطل قدر ذلك على الراهن ورجع المرتهن على الراهن بما بقي من دينه فان استوفى
الغريم دينه من ثمن العبد وبقي من الثمن بقية فان كان ما قبض الغريم من ثمن العبد مثل
دين المرتهن او اكثر فبقية الثمن لمولى العبد وان كان دين المرتهن اكثر من دين الغريم
استوفى المرتهن ما بقي من دينه مما فضل من ثمن العبد ان كان الدين حل والا امسك ما فضل
من ثمن العبد رهنا في يده الى ان يحل الدين فياخذه قصاصا بدينه الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله قال القدوري في شرحه وانما قلنا ان حق ولي الجناية وحق ولي العبد يتقدم
على حق المرتهن لان حقهما يتقدم على حق المالك وهو اقوى من حق المرتهن فلان يتقدم على
حق المرتهن اولى وانما خوطب المرتهن باداء الدين لانا لو خاطبنا الراهن جاز ان يختار
البيع فيمنعه المرتهن ويقول انا اودي الدين ليخلص لي الرهن فلذلك بدانا به
فان ادى الدين سقطت المطالبة فكان الدين لم يكن فيبقى رهنه بحاله وان لم يؤد سقط حكمه
فقال الخطاب بالدين الى المالك فان باع العبد في دينه ودينه مثل دين المرتهن او اكثر
فقد استحقت الرقبة بسبب كان في يد المرتهن فسقط دينه وان ادى الدين سقط حق المرتهن
لان ذلك استحق عليه بسبب كان في يد المرتهن فكانه كانت الرقبة قد استحقت ولما اذا
كان دين العبد اقل من دين المرتهن سقط من دين المرتهن بقدر دين العبد لان ذلك
استحق بسبب كان في يد المرتهن وما بقي من ثمن العبد لا دين فيه فيبقى في يد المرتهن
رهنا بما بقي من حقه فان كان دينه قد حل [illegible] فيستوفيه
وان كان لم يحل امسك الباقي حتى يحل دينه قوله وحق ولي الجناية بالعبد او بالدفع

عطف

عطفا على لفظ دين العبد ومحله معناه ان دين العبد مقدم على دين المرتهن وكذا حق ولي
الجناية ايضا مقدم على دين المرتهن لان كل واحد منهما مقدم على حق المولى فلان يتقدم على حق
المرتهن اولى لان حق المالك اقوى ويدل على هذا التقدير تصريح القدوري بذلك في شرحه
وقد مر انفا بعينه ان المصنف ذكر جناية العبد المرهون اولا وتقدمه على حق المرتهن
عند قوله فاذا قتل العبد الرهن قتيلا خطأ فضمان الجناية على المرتهن ثم ذكر دين العبد ثانيا
وتقدمه على حق المرتهن عند قوله ولو استهلك العبد المرهون مالا وهذا كله يدل على
ان مراد المصنف ما ذكرنا وقال بعضهم في شرحه قوله وحق ولي الجناية بالجر اي دين العبد
مقدم على دين المرتهن ومقدم ايضا على حق ولي الجناية حتى لو جنى وعليه دين يدفع الى ولي
الجناية ثم يباع للغرماء فاقول هذا في غاية الضعف لان المسئلة التي استشهد بها بعد تمام كلامه
لانه قال دين العبد مقدم على حق ولي الجناية وفي المسئلة قدم حق ولي الجناية ثم رتب عليه
حق الغرماء وانه مناقضة لا محالة قوله لتقدمه على حق المولى اي لتقدم كل واحد منهما من
دين العبد ومن حق ولي الجناية على حق المالك وبيانه مر قوله وان ثمن العبد لا يفي بدين
الغريم اخذ الثمن ولم يرجع بما بقي على احد حتى يعتق العبد قال الكرخي في مختصره وان كان
ثمن العبد لا يفي بدين الغريم اخذ الثمن ولم يكن له ان يرجع بما بقي من دينه على احد حتى يعتق
العبد فاذا عتق رجع عليه ولم يرجع العبد على احد بشي الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك
لان المستحق على المولى في ديون العبد رقبة العبد الا ان يختار قضاء الدين فاذا استوفيت
الرقبة لم يبق عليه حق ولا يمكن مطالبة العبد في يد المشتري لان الدين سقط عن رقبته فيتاخر
الباقي الى حالة الحرية فاذا اداه العبد لم يرجع به على احد لانه ادى دين نفسه الواجب
بفعله قوله وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف وقد جنى العبد فقال لهما
افدياه قال الكرخي في مختصره وان كانت قيمة العبد الفين وهو رهن بالف فان نصفه للجناية
في ضمان الراهن ونصفه في ضمان المرتهن فيقال لهما افدياه فان فدياه كان العبد رهنا
على حاله الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان نصف العبد مضمون ونصفه امانة وحكم
الجناية في الامانة يلزم المالك للرقبة كما يلزم المودع وحكمها في المضمون يتعلق بالراهن
فلذلك قيل لهما افدياه ثم قال الكرخي في مختصره وان اجمعا على الدفع دفعاه وبطل دين المرتهن
الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان الرقبة قد استحقت بسبب كان في يده وقوله دفعاه تجوز لان
الدفع تمليك لا يملكه المرتهن ذلك وانما يعني ان المرتهن رضي بالدفع حين امتنع من الفداء
فدفع الراهن واضاف الدفع اليهما لانه تم باختيارهما وان لم يتم بفعلهما كذا ذكر القدوري في شرحه
قوله لما بينا اشارة الى قوله لانه لا يملك التمليك قوله فان تشاحا فالقول لمن
قال انا افدي راهنا كان او مرتهنا قال الكرخي في مختصره فان تشاحا فقال المرتهن انا افدي..

وقال الراهن انا ادفع فللمرتهن ان يفدي ويمسك العبد فان فداه بالدين فهو متطوع
بما فدى فما كان يلزم الراهن في قول اصحابنا جميعا لان الراهن اجاب الى الدفع الى هنا لفظ
الكرخي وذلك لان الراهن يسقط بالدفع حق المرتهن والمرتهن بالفدا يحفظ حقه ولا يسقط
حقا للراهن فكان اختياره اولى ويكون متطوعا في حصة الامانة لانه لا يلزم الفدا في حصة
الامانة ليحفظ حقه في المضمون وقد كان يقدر ان لا يلزم الفدا حتى يخاطب الراهن فلما
التزمه صار متبرعا قال القدوري وهذا على الرواية التي تقول فيها انه اذا فدى مع غيبة
الراهن رجع عليه بحصة الامانة واذا فدى مع حضوره لم يرجع فاما على الرواية الاخرى
فينبغي ان يرجع عليه بالامانة لانه لا يقدر على اصلاح حقه من المضمون الا بفدا الامانة ثم قال
الكرخي فان قال الراهن انا افدي وقال المرتهن انا ادفع فليس الدفع الى المرتهن اذا
اباه الراهن لان المرتهن لا يملك العبد فيملكه غيره ويكون عند ذلك للراهن ان يفديه
ويبطل دين المرتهن ويخرج العبد من الرهن ويأخذه الراهن لان الراهن قد غرم عن
النصف المضمون على المرتهن اكثر مما فيه من الدين الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري
وذلك لان اختيار المرتهن الدفع مع اختيار الراهن للفدا لا فايدة فيه للمرتهن لان دينه
يسقط بالدفع كما يسقط بالفدا الا انه بالدفع يسقط حق المرتهن من الرقبة وقد يكون
للراهن غرض في التزام الفدا حتى يسلم له الرقبة فلم يجز للمرتهن تفويت ذلك الغرض من غير
فايدة يرجع اليه **قوله** وستبين القولين اي بعد هذا مخطوط عند قوله ولو كان
المرتهن فدى والراهن حاضر **قوله** ولو ابى المرتهن ان يفدي وفداه الراهن فانه
يحتسب على المرتهن نصف الفدا من دينه قال الكرخي في مختصره فان ابى المرتهن ان يفدي وفداه
الراهن فانه يحتسب على المرتهن نصف الفدا من دينه ويتقاص به فان كان نصف الفدا مثل
دينه او اكثر بطل دينه وخرج العبد من الرهن وان كان الفدا اقل من الدين سقط الدين
قدر نصف الفدا وكان جميع العبد رهنا بما بقي من دين المرتهن الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وذلك لان الراهن ليس بمتطوع في الفداء لان حكم الجناية يلزمه اما في الدفع او الفدا فاذا فدى سقط
حق المرتهن على وجه واحد وقد يكون الفدا انفع اذا كان اقل من الدين لان حق المرتهن يبقى
في الفاضل فلذلك لم يكن متبرعا ومقدار الفدا استحق عليه بسبب الضمان الذي كان في يد المرتهن
فهو من ضمانه وما بقي من دين المرتهن يحبس به جميع العبد كما لو استوفى بعض دينه بالتعجيل
قوله ولو كان المرتهن فدى والراهن حاضر فهو متطوع وان كان غايبا لم يكن متطوعا
وهذا قول ابي حنيفة قال الكرخي في مختصره وان كان الراهن غايبا والمسألة على حالها ففداه المرتهن
فليس بمتطوع في قول ابي حنيفة وان كان حاضرا فهو متطوع على الراهن روى ذلك ابو يوسف
ومحمد عن ابي حنيفة ورواه ايضا الحسن بن زياد عن ابي يوسف عن ابي حنيفة قال الحسن وروى زفر

عن ابي حنيفة ان الراهن اذا كان حاضرا لم يكن متطوعا ورجع بالنصف وان كان الراهن غايبا كان
المرتهن متطوعا فاما في قول ابي يوسف وزفر ومحمد والحسن بن زياد فالمرتهن متطوع غايبا كان
الراهن او حاضرا الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وجه رواية ابي يوسف ان الراهن اذا كان
حاضرا امكن استيفا الجناية منه ومخاطبته بها فلم يلزم المرتهن حكمها فاذا فدى فقد تبرع على
الراهن فصار كالاجنبي وليس كذلك اذا كان غايبا لانه لا يمكن استيفا الجناية منه فلم يبق الا ان
يخاطب به المرتهن وهو لا يقدر على اصلاح المضمون الا باصلاح الامانة وكان مأذونا في ذلك
من طريق الحكم كالمشتريين اذا غاب احدهما فادى الآخر جميع الثمن وكصاحب العلو والسفل اذا
بنى صاحب العلو ووجه رواية زفر ان الراهن اذا كان غايبا لم يخاطب المرتهن بحكم الجناية لانه
غير مالك للرقبة فاذا التزم الفدا فيما لم يخاطب به كان متبرعا وليس كذلك اذا حضر الراهن
لان الخطاب بالجناية توجه اليه ويجوز ان يدفع فيسقط حق المرتهن وكان ان يفدي ليصلح
حقه ووجه قول ابي يوسف وزفر ومحمد ان المرتهن فدى ملك غيره بغير امره كالاجنبي ولانه
اصلح بالفدا حق نفسه فلم يرجع به على غيره **قوله** واذا مات الراهن باع وصيه الرهن
وقضى الدين اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان لم يكن له وصي نصب القاضي له وصيا
وامره ببيعه وذلك لان الوصي قايم مقام الميت في قضا ديونه وقد كان للراهن بيع الرهن
في حياته باذن المرتهن فكذلك للوصي الذي قام مقامه واذا لم يكن له وصي فالقاضي ولايته
على من عجز عن التصرف بنفسه لانه نصب ناظرا لامور المسلمين فينصب له وصيا ينوب في حقوقه
التي عليه لغيره ويستوفي حقوقه على غيره **قوله** وان كان على الميت دين فرهن الوصي بعض
التركة عند غريم من غرمايه لم يجز وهذه من مسايل الاصل ذكرها تفريعا على مسألة المختصر
قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا كان على الميت دين فرهن الوصي بعض تركة الميت عند غريم
من غرمايه لم يجز وذلك لانه في الرهن معنى ايفا الدين من وجه على وجه ينتقل حقيقة
عند الهلاك والوصي لا يكون يسلم من ايفا حق بعض الغرماء دون البعض لتعلق حقهم على
السواء في التركة الا اذا تقضى ديونهم قبل ان يردوه كما في الايفا الحقيقي ولو لم يكن على دين
آخر جاز الرهن كما في الايفا الحقيقي ويباع في دينه لانه لا مزاحم له **قوله** واذا ارتهن
الوصي بدين للميت على رجل جاز وهي من مسايل الاصل ايضا ذكرت تفريعا وذلك لان ارتهان
الوصي من باب استيفا الحقوق والوصي يملك ذلك لانه نصب لاستيفا الحقوق وكذلك
لو كان الميت هو الذي ارتهن فوصيه يقوم مقامه في الامساك الا انه لا يبيعه بدون اذن
الراهن لان التسليط على البيع بطل بموت المرتهن فالراهن رضي بامانته ولم يرض براي غيره
في البيع وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ارتهن الوصي خادما لليتيم من نفسه او رهن
خادما لنفسه من اليتيم بحق اليتيم عليه لم يجز ذلك لانه عقد تمليك وتملك فلا يتولى

يواحد ولهذا لو باع ماله لليتيم او اشترى مال اليتيم لنفسه لم يجز وعند ابي حنيفة يجوز شراؤه
من اليتيم او بيعه لليتيم بشرط ان يكون نفع ظاهر لليتيم والنفع الظاهر لا يمكن تحقيقه في الرهن
كذا في شرح الكافي قوله وفي رهن الوصي تفصيلات نذكرها في كتاب الوصايا بارهن حواله
غير رائجة لان رهن الوصي لم يذكره في كتاب الوصايا اصلا فضلا عن تفصيلاته وتفصيلاته على
وجوه ذكرها في باب رهن الوصي والوالد وهي ان الورثة اما ان يكون كلهم كبارا او كلهم صغارا
او بعضهم صغارا وكبارا والكبار غيب او حضور والرهن بدين على الميت او بدين استدانه عليهم
او بدين استدانه على التركة في شراء طعام الرقيق وكسوتهم اما اذا كان الورثة كلهم صغارا جاز
في الاحوال كلها لعموم ولايته عليهم وان كانوا كبارا ان كانوا حضورا لا يجوز في الاحوال كلها لفقد الولاية
اصلا وان كانوا غيبا ان كان بدين على الميت جاز لان له ولاية حفظ التركة وصيانته وفي
الرهن بدين على الميت معنى الصيانة والحفظ فكان مسلطا على ذلك ولم يذكر انه هل يكون مسلطا
على الرهن بدين عليهم قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي الصحيح انه لا يملك لان معنى الصيانة
ليس براجع الى الميت ولا ولاية له على الغائب ولو كانوا صغارا وكبارا ان كان الكبار حضورا فالرهن
بدين على الميت في قول ابي حنيفة لان المذهب عنده ان الولاية متى ثبتت في بعض التركة تثبت في
كلها وعندهما لا يجوز لانه لا ولاية له على الكبار ومتى لم يجز في حق الكبار لم يجز في حق الصغار لمكان
الشيوع ولو كان الكبار غيبا صح في حق الكل لان له ولاية على الكبار في مثل هذا الموضع وان كان
بدين استدانه عليهم او على الصغار لم يجز في حق الكل بالاجماع سواء كان الكبار حضورا او غيبا
لانه لا ولاية له في حق الكبار في هذا الموضع لان استدانته عليهم باطل فكان الرهن في حقهم
باطلا ومتى بطل في حق الكبار بطل في حق الصغار لمكان الشيوع ولذلك ان كان بدين استدانه
على الصغار ولا يستحق الولاية في حق الصغار الولاية في حق الكبار بدين على الميت فالتصرف يقع
للميت نظرا وانما يكون هكذا اذا كان التصرف واقعا للميت فاذا كان الرهن بدين على الميت لتصرف
يقع للميت فاستقام القول بتكميل الولاية في التركة تحقيقا للنظر الراجع للميت واذا كان
بدين على الوارث فلا يكون النظر واقعا للميت بل يقع للوارث فلا يستقيم اثبات الولاية على
غيره فتعذر النظر في حقه ولو كان الرهن بدين استدانه في نفقة الرقيق فالجواب في هذا
والجواب فيما اذا كان الرهن بدين على الميت سواء لان هذه استدانة وقعت للميت معنى لما فيه
من صيانة تركته الا ترى انه يملك في حق الكل اذا كان الكبار غيبا على قولهم جميعا واذا كان حضورا
يملك في حق الكل عند ابي حنيفة بطريق الاستتباع فصل هذا الفصل بمنزلة
فصل المسائل المتفرقة المذكورة في آخر الكتب ولذلك اخره استدراكا لما فات فيما سبق
قوله قال ومن رهن عصيرا بعشرة قيمته عشرة فتخمر ثم صار خلا يساوي عشرة فهو رهن
بعشرة اي قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل رهن رجلا

عصيرا

عصيرا يساوي عشرة دراهم بعشرة دراهم للمرتهن على الراهن فصار العصير في يدي المرتهن
خمرا ثم صار خلا يساوي عشرة قال فهو رهن بالعشرة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ووجه
ذلك ما قالوا في شروح الجامع الصغير ان عقد الرهن لم يبطل بالتخمر لان ما صلح للبيع صلح للرهن
والخمر لا يصلح لابتداء البيع ويصلح لبقائه فان باع عصيرا فصار خمرا في يد البائع لم ينتقض البيع فلم
يحتمل ابتداء الرهن واحتمل بقاؤه ايضا واذا صار خلا فقد زال العارض قبل تقرر حكمه لان العقد
لم ينتقض فجعل كأن لم يكن كالمبيع الذي قلنا اذا صار خلا وكالمرتد اذا لحق بدار الحرب وقد
باع واشترى ثم عاد مسلما قبل حكم القاضي ان ذلك كله جائز فلذلك هذا والدليل عليه ان
الرهن وان صار في حكم الهالك فقد تأكد العقد لانه صار مستوفيا فبقي العقد فيعود
حكمه فكان رهنا بالعشرة ولكن هذا اذا لم ينتقص من مقداره بالتخمر والغالب النقصان
فاذا انتقص سقط من الدين بقدره وانما قيدنا بنقصان المقدار لانه اذا انتقص سعره
لا مقداره لا يسقط شيء من الدين ولكن الراهن يتخير كما اذا انكسر القلب ان شاء افتكه ناقصا
بجميع الدين وان شاء ضمنه قيمته ويكون قيمته رهنا عنده عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند
محمد ان شاء افتكه ناقصا وان شاء جعله بالدين كذا ذكر في شرح الكافي وان لم ينتقص قيمته
لا تخير فيه فينبغي رهنا كما كان لانه لا ضرر في الجبر على الفكاك قوله ولو رهن شاة قيمتها
عشرة بعشرة فماتت فدبغ جلدها فصار يساوي درهما فهو رهن بدرهم الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير وذلك لان عقد الرهن لم يبطل بموت الشاة لان المرتهن صار مستوفيا
بالهلاك من وجه لاستيفاء تأكد عقد الرهن فاذا عادت المالية بالدباغ صادفت عقدا
ثابتا فثبت فيه حكمه بقسطه بخلاف البيع فان عامة المشايخ قالوا في الشاة المبيعة اذا
ماتت قبل القبض ثم دبغ جلدها فان البيع لا يعود ولا نص فيه كذا قال فخر الاسلام لان
الشاة لما ماتت فقد انتقض البيع ولا عود بعد الانتقاض بخلاف الرهن لما قلنا انه لا ينتقض
ومن مشايخنا من قال في البيع انه يعود كالرهن والحاصل هنا ما قالوا في شرح الكافي
ان لعلمائنا فيه طريقين احدهما انه بطل الرهن اصلا لانعدام محلية الرهن بهلاك الشاة
ثم عاد حكم الرهن بقدر الجلد لانه حدث هذا القدر ولو حدث كله لعاد الرهن فاذا حدث
بعضه يعود بقدره والثاني انه لم يبطل الرهن في قدر الجلد لان احتمال المحلية قائم في
هذا القدر فكان في بقاء الرهن في هذا القدر فائدة فيتوقف فيه وهو الاصح واذا بقي
الرهن في هذا القدر ينقسم الدين على قدر الجلد وقيمة اللحم فيذهب من الدين بقدر
اللحم ويفتكه الراهن بقدر الجلد وانما يعرف ذلك بالنظر في قيمة الشاة فان كانت قيمة
الشاة وهي حية عشرة فبعد الذبح يساوي لحمها تسعة والجلد درهما والدين عشرة يفتك
الجلد بدرهم وان كان الدين عشرة وقيمة الشاة عشرون وقيمة اللحم تسعة عشر وقيمة

الجلد درهم بيعت الجلد بنصف درهم لان بازاء كل درهم من الشاة نصف درهم من الدين فيكون
الجلد رهنا بنصف درهم ويسقط بازاء اللحم تسعة ونصف وان كانت قيمة الشاة اقل من الدين
بان كانت الشاة تساوي يوم الارتهان خمسة واللحم اربعة والجلد درهما فقد ذهب من الدين
اربعة ويفتك الجلد بما بقي سته وان كان مضمونا بدرهم لانه محبوس بكل الدين
فاذا ذهب من الدين اربعة يحبسه بما بقي قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
وانما ينقسم الدين عليهما على هذا الوجه اذا استمت قيمة الشاة المسلوخة بالسلخ فساوي
لحمه تسعة والجلد درهما اما اذا لم ينقص حصة اللحم بل يساوي عشرة بعد السلخ وقيمة الجلد
درهم ينبغي ان يقسم الدين عليهما على احد عشر سهما يذهب عشرة اجزاء من احد عشر جزءا
من الدين ويفتك الجلد بما بقي قوله قال وانما الرهن للراهن اي قال القدوري في
مختصره وتمام لفظه فيه ويكون رهنا مع الاصل فان هلك الاصل وبقي النماء افتكه الراهن
بحصته تقسم الدين على قيمة الرهن يوم القبض وقيمة النماء يوم الفكاك فما اصاب الاصل
سقط من الدين وما اصاب النماء افتكه الراهن بحصته الى هنا لفظ المختصر قال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره واذا رهن الرجل رقيقا او حيوانا او ارضا او شجرا او كرما او نخلا فنمى
من الحيوان او الرقيق ولدا ولبن او صوف او وبر او شعر فذلك كله رهن مع الاصل للمرتهن
حبسه حتى يستوفي جميع حقه من الدين ولا سبيل للراهن عليه قبل ذلك والنماء ليس بمضمون
على المرتهن والاصل هو المضمون وان تلف النماء في يد المرتهن ذهب بغير شيء والرهن
على حاله بجميع الدين الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري وقال الشافعي رحمه الله النماء
المنفصل لا يدخل في الرهن وللراهن اخذه والانتفاع به لنا ان حق المرتهن مستقر في
العين بدلالة انه ينتقل الى القيمة ويثبت للوارث والحقوق المستقرة في الرقاب تسري الى
النماء كحق الملك والاستيلاد وليس كذلك ولد المستاجرة لان الحق لا يتعلق بالرقبة
وانما يتعلق بالمنفعة وليس كذلك الموصي بخدمتها لان الحق فيها ليس بمستقر الا ترى انه
لا ينتقل الى الوارث ولا ينتقل الى القيمة وليس هذا كولد الجانية لان الحق ليس بمستقر
في رقبتها بدلالة ان للمالك ان ينقله الى ذمته ويتصرف فيها واما قوله ان النماء ليس
بمضمون على المرتهن فلانه دخل في العقد على طريق التبع فلا يسقط بهلاكه شيء كولد المبيعة
واحتج الشافعي رحمه الله بان حق الاستيفاء تعلق بالرقبة فلا يسري الى الولد كالجناية وجوابه
ما قالوا احد نوعي النماء فلا يسري الرهن اليه كالاكتساب فلنا ان الفرق ثابت بين
ما يتولد من عينه وبين ما لم يتولد منه ولهذا فرق الشافعي رحمه الله فيمن غصب جارية
فولدت في يده فما حدث من النقصان بالولادة لا يجبر بالولد ولو قطعت يدها
واخذ الارش فان الارش جبرانا لنقصان حدث بالقطع ويبطل بالكتابة فان اكتسابها

تباع عنده ولا تباع اولادها قالوا اما لا يسري الى الولد لو حدث قبل القبض لا يسري اليه
وان حدث بعد القبض كالاجارة فلنا يبطل بالهبة والمعنى في الاجارة انه عقد على المنافع
والمنافع لا تستتبع الاعيان فلذلك لم يسر الى الولد والرهن عقد على العين كذا في مختصر
الاسرار وقال الكرخي ايضا ويقسم الدين على قيمة الرهن يوم وقع العقد عليه وعلى ما نمى منه
يوم يفتك هذه حقيقة القسمة وما وقع من القسمة قبل ذلك فانما هو على الظاهر الى ان
ينظر ما يؤول اليه قيمة النماء يوم الفكاك الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري
وانما اعتبروا القيمة بقيمة الرهن يوم القبض لانه دخل في ضمانه بالقبض فيعتبر قيمته
عند القبض كالغصب والمبيع المقبوض على وجه السوم فاما النماء فانما يصير له حصة
في الضمان بالفكاك الا ترى انه لو هلك قبل ذلك هلك بغير شيء فاعتبرت قيمته حتى
حصلت له وهذا كما قالوا في نماء المبيع ان الثمن يقسم على قيمة المبيع يوم البيع لانه صار
مضمونا بالعقد وعلى قيمة النماء يوم القبض لانه لا يدخل في ضمان المشتري بالقبض فاما
قوله فما وقع من القسمة قبل ذلك فانما هو على الظاهر فانما يريد به ان المرهونة اذا كانت
قيمتها الفا وهي رهن بالف فولدت ولدا قيمته الف فالدين ينقسم في الظاهر نصفين
ويجوز ان تزيد قيمة الولد او تنقص فيعتبر هذه القسمة ثم قال الكرخي وتفسير ذلك
رجل رهن رجلا امة قيمتها الف بالف فولدت ولدا يساوي الفا والدين الان في الظاهر
نصفان نصف فيها ونصف في ولدها فان مات الولد ذهب بغير شيء وكانت الام بجميع
الدين فان ماتت بعد موت الولد ذهبت بجميع الدين فان ماتت قبل الولد ذهبت
بنصف الدين وافتك الراهن الولد بنصف الدين الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وتفسير ذلك رجل رهن رجلا امة فلا يسقط بهلاكه شيء فصار بعد الهلاك كان
لم يكن وانما يسقط الدين اذا ماتت بعد موت الولد لانه حين هلك الولد كان لم
يكن فسقط الدين بهلاكها فان ماتت قبله فقد صار للولد حصة بالفكاك فيسقط من
الدين بقدر قيمة الام وهو النصف ثم قال الكرخي في مختصره فان لم يفتكه الراهن حتى
مات بعد امه ذهب بغير شيء وصار كانه لم يكن وذهبت الام بجميع الدين الى هنا لفظ
الكرخي وذلك لما بينا انه لا حصة للولد قبل الفكاك فاذا مات فكانه لم يكن فحكم
بان الام هلكت بالدين ثم قال الكرخي فان لم يمت واحد منهما حتى جاء الراهن يفتكه
الرهن وقد نقصت قيمة الام في السعر او في البدن وصارت تساوي خمسمائة او ازداد
فصارت تساوي الفين وقيمة الولد على حاله فالولد بنصف الدين على ما كان والام بنصفه
الدين ولا يلتفت الى زيادة قيمة الام بالسعر ولا نقصانه كذلك الى هنا لفظ الكرخي
وذلك لان قيمة الام تعتبر يوم القبض فما حدث بعد ذلك لا يعتبر به قال الكرخي

فان كانت الام على حالها الاولى او على حالها من نقصان السعر او زيادته وجا الراهن يفتك
وقيمة الولد يومئذ حسماية لنقصانه في السعر او لعيب دخله في بدنه عورا وشللا او
مرض فان فيه من الدين الثلث وفي الام الثلثين الى هنا لفظ الكرخي وهذا على ما بينا
ان قيمة الولد تعتبر ما بين الحالين ثم قال الكرخي فان كانت قيمته زايدة يوم الفكاك
لفساد العين بسعر او بدون كان في الولد ثلثا وفي الام الثلث وذلك لان الاعتبار في الولد
بحال الفكاك فاذا كانت قيمته الفين وقيمة الام يوم القبض الف فني الولد ثلثا الدين ثم قال
الكرخي فلو كانت لما ولدت الولد قيمته مثل قيمتها ان كانت اعورت بعد الولادة او كانت
اعورت قبلها ذهب من الدين بعورها ربعه مايتان وخمسون الى هنا لفظ الكرخي وذلك
لان قيمة الولد لما ساوت قيمتها انقسم الدين بينهما نصفين والعين منها النصف فذهب
نصف ما فيها وهو ربع الدين قال القدوري وانما استوى في العوران يكون قبل الولادة
و بعدها لان نقصان الرهن يوجب الاستيفا والاستيفا لحقه الفسخ اذا وقع ما يشرع
ممن قبض دينه فوجده زيوفا فرده فلذلك الاستيفا من طريق الحكم يجوز ان يلحقه الفسخ
فاذا كان كالاعورار قبل الولادة كالاعورار بعدها لان ما تعلق به من الاستيفاء يجوز
ان يتغير بحدوث الولادة وليس هذا كالمبيعة لانهم قالوا اذا باع جارية بالف تساوي
الفا فاعورت ثم ولدت ولدا يساوي الفا فان الولد بثلث الالف والام بثلثي الالف
وذلك لانه سقط بالعور نصف الثمن فلما ولدت ولدا قيمته الف انقسم ما بقي بينهما
اثلاثا ولو كانت ولدت ولدا اولا ثم اعورت ذهب بالعور ربع الدين لان ما فيها انقسم بينها
وبين ولدها فذهب بعورها نصف ما اصابها وانما فارق البيع الرهن اذا كان العور قبل
الولادة لان العور ينفسخ فيه البيع وما انفسخ فيه البيع لا يعود بعد ذلك ملكه ما لم يتغير
حكمه بالولادة وهلاك الرهن يقع به الاستيفا وذلك يجوز ان يتغير ثم قال الكرخي فان
مات الولد وقد اعورت الام قبل الولادة او بعدها ذهب نصف الدين الى هنا لفظ
الكرخي وذلك لان الولد صار كان لم يكن فبقي جميع الدين في الام فيسقط بعورها نصفه ثم
قال الكرخي فان اعور الولد لم يذهب بعوره شي وذلك لانه لو هلك لم يسقط بهلاكه شي
فكذلك بنقصانه الا انه يكون الاول في ظاهر ثلث الدين فان بقي على هذا والام صحيحة
ففيه ثلث الدين لان قيمته يوم الفكاك خمسماية وقيمة الام يوم العقد الف ثم قال
الكرخي فان كانت الام اعورت قبل الولادة او بعدها قبل اعورار الولد او بعده ذهب
بعورها ايضا ثلث الدين لان قيمتها يوم العقد الف وقيمة الولد يوم يفتك وهو اعور
خمسماية وفيه ثلث الدين وقيمتها ثلثا الدين فلما اعورت ذهب نصف ما فيها وهو ثلث الدين
ويفتكها وولدها بثلث الدين الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله وصور المسايل على هذا

الاصل يخرج وقد ذكرنا بعضها في كفاية المنتهي وتمامه في الجامع والزيادات قال
في الجامع رهن رجل جارية تساوي الفا بالف درهم فولدت ولدا يساوي خمسماية فقتلها
جميعا عبد يساوي الف درهم فدفع بها ثم ذهب عين العبد ثم جا الراهن يفتكه قال
يفتكه باربعة اسباع الف ويسقط ثلاثة اسباع الالف ووجه ذلك ان المرهونة لما
ولدت سرى حكم الرهن الى الولد وقيمته خمسماية فانقسم الدين عليهما اثلاثا ثلثاه بازاء
الام وثلثه بازاء الولد لان قيمته نصف قيمتها على تقدير انه يبقى كذلك الى يوم الفكاك
لان قيمته تعتبر يوم الفكاك فصار كل خمسماية سهما فينقسم العبد المدفوع بها عليهما
اثلاثا ثلثاه بازاء الام قايما مقامها لجاودها وثلثه بازاء الولد وقيمة الثلث ثلثماية
وثلاثة وثلاثون وثلث وصار ذلك قايما مقام الولد وقام نصفه بذهاب عين العبد
لان العين من الادمي نصفه الا انه لا يذهب بذهابها شي من الدين عندنا خلافا لزفر
لان ثلث العبد قايم مقام الولد ولو كان الولد قايما وذهب منه نصفه لا يسقط شي
من الدين كما لو ذهب كله لان الولد قبل الفكاك لا حصة لها من الدين وانما يأخذ قسطه
يوم الفكاك فاذا كان كذلك فهلاكه او هلاك شي منه قبل الفكاك لا يوجب سقوط شي
من الدين وصار كان الولد قايم وتراجع سعره الى سدس الالف وقت الفكاك فاذا ذهب
نصف ما كان بازاء الولد بغير شي بقي نصفه وقيمته ماية وستة وستون وثلثان وذلك
سدس الالف وذهب مما كان قايم مقام الام النصف فذهب بذهابه نصف ما كان
من الدين بازاء الام فحصل ماية وستة وستون وثلثان سهما وهو قدر قيمة ما بقي
من الولد يوم الفكاك وجعل الالف الذي هو قيمة الام يوم القبض ستة اسهم لانه
ستة مرات ماية وستة وستون وثلثان فصار الكل سبعة اسهم سهم بازاء وستة بازاء
الام فاذا ذهب عين العبد ذهب نصف ما كان بازاء الام من الدين وذلك النصف
ثلاثة اسباعه وبقيت ثلاثة اسباع الدين بازاء ما بقي مما قام مقام الام وبقي سبع وهو
سهم بازاء ما قام مقام الولد فظهر ان الباقي من الدين اربعة اسباعه فبذلك يفتك
العبد باربعة اسباع الدين وسقط ثلاثة اسباعه بذهاب العين وقال في الجامع ايضا
واذا رهن الرجل عند الرجل جارية تساوي الف درهم بالف درهم فولدت ولدا يساوي
الفا ثم قتلت الام جارية تساوي ماية درهم فدفعت بها فالرهن على حاله ولا يسقط
من الدين شي لقيام القاتلة مقام المقتولة قايمة وقد تراجع سعرها الى الماية وعند
زفر يسقط تسعة اعشار ما كان من الدين بمقابلة المقتولة فلو ولدت القاتلة ولدا
يساوي الف درهم ثم اعورت الجارية ثم جا الراهن فانه يفتك القاتلة وولدها وولد
المقتولة بثلاثة واربعين جزوا من اربعة واربعين جزوا من الدين وسقط منه جزو من

اربعه واربعين جزءاً ووجه ذلك ان الدين انقسم اولا على الجارية المرهونة وعلى ولدها
نصفين ثم تحول ما في الام وهو نصف الدين الى المدفوعة بها وانقسم ذلك عليها وعلى
ولدها على احد عشر سهما لان قيمة المدفوعة وقت الدفع مائة وقيمة ولدها يوم
الفكاك الف فجعل كل مائة سهما فجملته احد عشر وصار جميع الدين اثنين وعشرين سهما
نصف ذلك في الولد الاول وعشرة اسهم في الولد الثاني وسهم في المدفوعة وسقط
باعورارها نصف سهم فانكسر فنضعف ليرتفع الكسر فصار اربعة واربعين ففي المدفوعة
سهمان فسقط سهم من اربعة واربعين وبقي ثلاثة واربعون سهما فيفتكه بذلك وقال
الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع وروي عن ابي يوسف انه قال يفتكه بخمسة
اسداس الدين وسقط سدس الدين ووجه ذلك ان القاتلة بعد الدفع قامت مقام
المقتولة كانها هي ولهذا لم يسقط شي من الدين وان كانت قيمتها مائة فصار كان المقتولة حية
وقد تراجع سعرها ولم ينتقص من بدنها شي وولدت ولدين قيمة كل واحد منهما الف
وقيمة الام يوم العقد الف فينقسم الدين عليها على اعتبار قيمتها يوم العقد وعلى اعتبار قيمة
كل ولد وهو الف درهم على توهم البقا الى يوم الفكاك فانقسم عليهم اثلاثا فلما اعورت
سقط نصف ما كان مقابلا بها وهو الثلث وبقي نصفه وذلك سدس الكل فصار ما يقابل
كل واحد من الولدين سهمين فصار مقابلتها جميعا اربعة وبقي بمقابلة الام سهم فصار
الكل خمسة اسداس وكان الباقي سدس الكل ولهذا قال ابو يوسف ان الراهن يفتكه
بخمسة اسداس الدين وسقط سدسه والصحيح تخريج الجامع لان قيمة القاتلة تعتبر يوم
الدفع الذي هو سبب دخولها تحت ضمان الدين لا وجه الى غير ذلك وقال الشيخ ابو المعين
وقيل ان المروي عن ابي يوسف قوله الاول وهو ظاهر القياس والمذكور في الكتاب
قوله الاخر وهو الاستحسان وقال في الجامع ايضا ولو لم يذهب عين القاتلة حتى جاء عبد
يساوي الفا وقتل هولاء الثلاثة خطا ودفع بهم جميعا لا يذهب من الدين شي وجعل كان
سعرهم تراجع حتى صارت قيمتهم جميعا الف درهم على ما بينا خلافا لزفر ثم العبد ينقسم على
الجارية القاتلة وقيمتها مائة وعلى ولدها وقيمته الف وعلى ولد المقتولة الاولى وقيمته
الف والمائة اقل فجعلت سهما فصار الالفان والمائة احدا وعشرين سهما بازاء القاتلة
سهم وبازاء ولدها عشرة اسهم وبازاء ولد المقتولة الاولى عشرة اسهم على تقدير انهما
يبقيان الى وقت الفكاك واذا انقسم العبد القاتل على احد وعشرين سهما صارت المقتولة
الاولى وقيمتها الف على احد وعشرين سهما ايضا ولم يذهب شي من الدين لان شيا من بدن العبد
لم ينتقص فيفتكه العبد بجميع الدين وذلك الف درهم فلو ذهبت عين العبد ثم جا الراهن
فانه يفتكه بخمسة وعشرين جزءا غير نصف عشر سهم واحد من ستة وعشرين سهما من جميع الدين

وسقط سهم واحد ونصف عشر سهم من ستة وعشرين سهما من الدين وتخريجه ان عين العبد
المدفوع لما ذهب فقد ذهب منه نصفه وهو كان قايما مقام الاشخاص الثلاثة فقد ذهب
مما قام مقام كل واحد منهم نصفه فذهب مما قام مقام ولد المقتولة الاولى نصفه وذلك
خمسة لانه كان عشرة اسهم ونصف ما كان بازاء القاتلة وهو نصف سهم لانه كان سهما ونصفه
ما كان بازاء ولدها وهو خمسة لانه كان بمقابلته عشرة اسهم ولا يسقط بذهاب ما ذهب من
العبد فيما قام مقام الولدين شي من الدين على ما ذكرنا ثم بقي من قيمة كل واحد من الولدين
خمسة خمسة فظهر انا اخطانا القسمة حيث قسمنا على تقدير ان قيمة كل واحد منهما الف درهم
وهي تبقى الى وقت الفكاك كذلك ولم يبق فعلم انه لم يكن بمقابلة كل واحد الا خمسة اسهم
فيستانف القسمة فيقسم الدين اولا بين المقتولة الاولى وعلى ما بقي من قيمة ولدها الى يوم
الفكاك وقيمتها يوم العقد الف والباقي من قيمة ولدها الى ذلك اليوم خمسة اسهم ضمت
الى قيمة الام يوم العقد وهي الف وقد جعل العبد المدفوع الذي قيمته الف درهم على احد
وعشرين سهما فيكون كل الف هكذا وقيمة المقتولة يوم العقد كانت الفا فيصيب على
احد وعشرين سهما فاذا ضمت الخمسة التي بازاء الولد اليها صار ذلك ستة وعشرين
فيصير جميع الدين مقسوما عليها وعلى ولدها على ستة وعشرين سهما احد وعشرون من ذلك
بمقابلة الام وخمسة منها بمقابلة الولد فلما قتلتها الجارية القاتلة ودفعت مكانها
تحول ما كان بازاء المقتولة وهو احد وعشرون سهما من ستة وعشرين سهما من الدين
اليها لقيامها مقامها فلما ولدت القاتلة ولدا يساوي الف درهم انقسم ما بازائها على قيمتها
يوم الدفع وهو مائة وعلى ما بقي من الولد الى الفكاك وذلك خمسة اسهم وقيمة القاتلة
يوم الدفع مائة درهم وهي مثل عشر قيمة المقتولة الاولى وهي الف درهم وذلك سهمان
وعشر سهم لان قيمتها صارت احدا وعشرين سهما وعشر ذلك سهمان وعشر سهم فانقسم
ما بقي من الدين من حصة المقتولة الاولى وذلك احد وعشرون سهما على قيمة القاتلة يوم
دفعت وذلك سهمان وعشر سهم وعلى قيمة ما بقي من قيمة ما قام مقام ولد القاتلة من العبد
يوم الفكاك وذلك خمسة اسهم وجملته سبعة اسهم وعشر سهم فاذا ذهب عين العبد ذهب
نصف ما بازاء الام من الدين فقد ذهب من احد وعشرين نصف عشرها لسهمين وعشر
سهم واحد من احد وعشرين سهما ويؤدي ما بقي فقد سقط منه سهم ونصف عشر سهم فبقي
عشرون سهما غير نصف عشر سهم فضم اليه خمسة الاسهم التي كانت بازاء ولد المقتولة
الاولى فيصير كله خمسة وعشرين سهما غير نصف عشر سهم واحد فيفتكه الراهن العبد
المدفوع بهذا كذا ذكر الشيخ ابو المعين في شروح الجامع الكبير وباقي المسائل تعلم في
الجامع ان شا الله قوله ولو رهن شاة بعشرة قيمتها عشرة وقال الراهن للمرتهن

الشاة فاحلبت فهو لك حلال فحلب فشرب فلا ضمان عليه في شي من ذلك وهذه لبست
بمذكورة في البداية وانما ذكرها في الهداية علي سبيل التفريع والاصل فيه ان اتلاف
الزيادة باذن الراهن بمنزلة اتلاف الراهن لان له الملك فالاذن اليه وباتلاف
الراهن تصير مقصودًا مضمونًا لا اذا دام الي وقت الفكاك مثاله ما قال في الزيادات
رجل رهن رجلا شاة تساوي عشرة دراهم بعشرة وعشر الراهن للمرتهن ان يحلب لبنها
ويشرب منه ويأكل ففعل صح لان صاحب الملك قد رضي فاذا حضر الراهن افتك
الشاة بجميع الدين لان ما اكله المرتهن فكان الراهن استوفاه ولو هلكت الشاة قبل ان
يحضر الراهن فان الدين يقسم علي قيمة الشاة وقيمة اللبن فتعطي حصة اللبن
لان فعل المرتهن نقل الي الراهن فصار الراهن مستردا فصار له قسط من الدين فان
كانت قيمة الدين خمسة صارت بازايه ثلث الدين فيسقط ثلثا الدين بهلاك الشاة
ويؤدي ثلثه قال وكذلك لو ولدت جديا فاذن له في ذبحه واكله ففعل فكانه
اراد بالشاة المعزي في الولد جديا وقال في شرح الطحاوي ولو اكل المرتهن النما
باذن الراهن لم يسقط من دينه شي وكذلك لو اكل الراهن باذن المرتهن او الاجنبي
اكله باذنهما جميعا لا يسقط من الدين شي ولكن لا تعود حصته من الدين الي الاصل بخلاف
الهلاك لانه عند الهلاك جعل كانه لم يكن رهنا وانما يجب الضمان علي المستهلك لانه
استهلكه باذن من له الملك والحق جميعا حتي ان الاصل لو هلك بعد ذلك عند
المرتهن هلك بحصته من الدين اي لو قسم الدين علي قيمته يوم رهن وعلي قيمة النما
يوم الاستهلاك وكذلك لو هلك الاصل اولا والنما قايم ثم اكل المرتهن النما باذن
الراهن او اكله الراهن باذن المرتهن او اجنبي باذنهما لم يسقط حصته النما من الدين
ويرجع علي الراهن بخلاف الهلاك فلو اكله الراهن بغير اذن المرتهن او المرتهن بغير
اذن الراهن او اجنبي بغير اذنهما فان الآكل يغرم قيمته ويقوم القيمة مقامه كذا
في شرح الطحاوي قوله اما الاباحة فيصح تعليقها بالشروط والخطر لانها اطلاق
وليس بتمليك وانما قال ذلك لان كلمة ما في قوله فاحلبت متضمنة معني الشرط
قوله قال ويجوز الزيادة في الرهن ولا يجوز في الدين عند ابي حنيفة ومحمد ولا
تصير الرهن رهنا بها اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره
قال اصحابنا جميعا في رجل رهن رجلا عبدا يساوي الفا بالف ثم زاد امة في الرهن تساوي
الفا فان الزيادة جايزة عندهم جميعا ويقسم الدين الذي رهن به الاول علي قيمة الاول
يوم قبض رهنا وعلي قيمة الزيادة ايضا يوم قبضت فاذا كانت قيمة الاول يوم قبض الفا
وقيمة الزيادة يوم قبضت الفا كان الدين فيهما نصفين وان كانت قيمة الزيادة خمسماية

كان في الزيادة ثلث الدين وفي الاصل ثلثا الدين وان كانت قيمة الزيادة مايتين والاصل
الفا ففي الزيادة سدس الدين وعلي هذا يقع القسم في الزيادة والاصل الي هنا لفظ
الكرخي رحمه الله اعلم اولا ان المراد من عدم الزيادة في الدين عند ابي حنيفة وابي يوسف
ان يكون الرهن لها مضمونا فاما الزيادة في نفسها فجايزة بالاتفاق ثم اعلم ان للزيادة
موضعين في الزيادة في الرهن وهي جايزة عند اصحابنا الثلاثة استحسانا خلافا لزفر
والشافعي رحمهما الله وهو القياس وجه القياس ان الزيادة في الرهن توجب تغيير
الضمان الذي اوجبه القبض وذلك لا يجوز مع بقا القبض كالغصب وجه الاستحسان
ان الزيادة تلحق علي وجه لو كانت موجودة في ابتداء العقد صحت الا تري انه لو رهن
العبدين ابتداء بالدين جاز فكذلك اذا الحق احدهما بالاخر كالزيادة في المبيع وليس
كذلك الزيادة في الدين لانها لا تلحق علي وجه لو كانت موجوده في ابتدا العقد صحت الا تري
انه لو رهن العبدين ابتدا بالدين جاز فكذلك اذا الحق احدهما بالاخر كالزيادة في المبيع
وليس كذلك الزيادة في الدين لانها لا تلحق علي وجه لو كانت موجودة في ابتداء العقد لم يصح
الا تري انها في القيمة منفردة عن الاولي فكانه قال رهنتك بعض هذا العبد بكذا وبعضه
بكذا ولان الرهن وثيقة فجاز ان يلحق به وثيقة اخري كالكفيل بعد الكفيل بدين واحد
ولان الزيادة في الرهن زيادة فيما وقع عليه العقد كالزيادة في المبيع والثمن فاما
الزيادة في الدين فزيادة فيما لم يقع عليه العقد الا تري ان الدين يثبت بعقد المداينة
لا بعقد الرهن والزيادة لا تلحق بما لم يثبت بالعقد فاذا الحقت الزيادة اعتبر قيمة
الاصل يوم القبض وقيمة الزيادة يوم قبضها لان كل واحد منهما دخل في الضمان بالقبض
ويقسم الدين وعلي قدر القيمتين والموضع الثاني الزيادة في الدين ففيه خلاف ايضا
قال ابو الحسن الكرخي في مختصره والزيادة في الرهن تجوز عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد
والحسن بن زياد وقال زفر لا تجوز زيادة الرهن في الرهن ولا زيادة الدين فيه الي هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وقول الشافعي رحمه الله في الجديد في زيادة الدين كقول ابي حنيفة
ومحمد وقوله في القديم كقول ابي يوسف وجه قول ابي يوسف ان الزيادة تلحق بالعقد
وتصير كالموجودة فيه وكانه رهنه ابتدا بالدينين ولان الرهن في مقابلة الدين
مضمون به كالمبيع والثمن فلما جازت الزيادة في الرهن فلذلك فيما هو مضمون وان
الرهن في مقابلة الدين مضمون به كالمبيع والثمن فلما جازت الزيادة في الرهن فلذلك
فيما هو مضمون به كما جازت الزيادة في المبيع والثمن وجه قول ابي حنيفة ومحمد ان الزيادة
في الدين تلحق علي وجه لا يجوز في الابتدا الا تري ان كل الرهن مشغول بالدين الاول
فاذا اراد مثله انتقل الدين الاول الي نصف الرهن والثاني الي نصفه ولو رهنه ابتداءً

نصف العبد الثاني ونصفه بدين آخر لم يجز فكذلك في الثاني لان ذلك يؤدي الي الشيوع
في الرهن ولان الزيادة في العقود انما تجوز في المعقود عليه والدين لم يثبت بعقد الرهن وانما
ثبت بالمداينة وكانت الزيادة فيه زيادة فيما لم يقع عليه العقد فلا يلحق به ولهذا
جوزنا الزيادة في الرهن لانه زيادة في المعقود عليه وصورة المسئلة ما قال في شرح الطحاوي
وهو ان يرهن عند رجل عبدا يساوي الفين بالف درهم ثم استقرض الراهن من المرتهن الفا
اخرى على ان يكون العبد رهنا بهما جميعا فانه يكون رهنا بالاولى خاصة عند ابي حنيفة ومحمد
وزفر ولو هلك هلك بالالف الاولى ولا يهلك بالفين وان كانت قيمته الفين ولو قضى
الراهن الفا وقال انما قضيتها من الالف الاولى فله ان يسترد العبد قوله والمنكوحة
اي وفي زيادة المنكوحة صورة زيادتها زوج رجل ابنته من رجل بمهر معلوم ثم زوجه امة
اخرى بذلك المهر وقبل الزوج يصح ويقسم الالف عليهما عندنا قوله وقد ذكرناه
في البيوع اي في الفصل الذي ذكره في المرابحة والتولية قوله في الخلافية الاخرى اي في
المسئلة الزيادة في الدين قوله والالتحاق في الدين العقد في بدلي العقد جواب عن
قول ابي يوسف يعني ان الالتحاق باصل العقد انما يكون فيما هو معقود عليه كالمبيع او معقود
به كالثمن ولهذا جاز الزيادة في الرهن التحاقا باصل العقد لانه معقود عليه والدين غير
معقود عليه عقد الرهن ولهذا لا يسقط بفسخ الرهن ولهذا لم تجز الزيادة في الدين بخلاف
زيادة الثمن في البيع لان الثمن احد بدلي العقد قوله وتسمى هذه زيادة قصدية اي
الزيادة في الرهن زيادة قصد به حتى يقسم الدين على قيمة الاول يوم قبضت وبيان
ذلك مر قبل هذا وهو احتراز عن الزيادة الضمنية وهي زيادة النما وثمة يقسم الدين
على قيمة الاصل يوم القبض وعلى قيمة يوم الفكاك قوله واذا ولدت المرهونة
ولدا ثم ان الراهن زاد مع الولد عبدا وقيمة كل واحد الف فالعبد رهن مع الولد خاصة
يقسم ما في الولد عليه وعلى العبد الزايد ذكره على سبيل التفريع قال الكرخي في مختصره
وقال الحسن بن زياد قال ابو حنيفة في رجل ارتهن جارية بالف تساوي الفا فولدت
ولدا تساوي الفا ثم ان الراهن زاد المرتهن غلاما يساوي الفا فقال هو زيادة ذلك
مع الام كان الغلام رهنا بخمسمائة وكانت الام وولدها رهنا بخمسمائة فان مات الولد
صارت الام رهنا بخمسمائة وان زاد الولد حتى صار يساوي الفين صار رهنا بثلثي خمسمائة
الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لانه لو اطلق الزيادة لحقت بالام فاذا شرط ذلك
فبالطريق الاولى فاذا دخلت مع الام انقسم الدين عليها ثم انقسم ما في الام عليها وعلى ولدها
بحسب قيمته يوم الفكاك قال الكرخي قال ولو لم يزد الغلام مع الام وزاده مع الولد
فقال هذا زيادة الولد بما في عنق الولد من الرهن ثم زاد الولد حتى صار يساوي الفين

كان هو والغلام رهنا بثلثي الالف فان مات الولد صار الغلام رهنا بخمسمائة ورده على الراهن
الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله وانما جازت الزيادة في الولد لان له حصة من الدين في الظاهر
وللراهن غرض في ادخال الزيادة على الولد دون امه فتدخل معه وانقسم ما في الولد
على قيمته وقيمة الزيادة فاما اذا مات الولد عاد ما فيه الي الام وصار كانه لم يكن فالزيادة
دخلت على غير رهن فيسقط حكمها كذا ذكر القدوري في شرحه وقال الكرخي في اول باب
الزيادة في الرهن بعد الولادة قال ابن سماعة عن محمد في نوادره سمعت محمدا قال في رجل
رهن عند رجل امة بالف قيمتها الف فولدت ولدا يساوي الفا ثم ان الراهن زاده في الرهن
عبدا يساوي الفا قال فان العبد يكون رهنا بنصف الالف ولا يحسب بالولد لاني انما
اجعل الزيادة في اصل الرهن مع الامة قيمتها الف وقيمة الزيادة الف فصار في العبد
الزيادة من الدين خمسمائة وفي الجارية وولدها خمسمائة فان مات الولد لم يلتفت اليه
ولم ينقص مما كان في العبد الزيادة من الدين شيء ولم يزد فيه وكذلك لو لم يحبل الولد
ولكن الولد زادت قيمته فصارت تساوي الفين او ولد للولد ولد يساوي الفا او ولدت
الامة ولدا آخر يساوي الفا فان الدين في العبد الزيادة لا يتغير فيه خمسمائة على حاله
الي هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان الولد داخل في حصة الام فلا يتغير بنقصانه
ولا بموته ولا بزيادته حكم العبد الذي لم يدخل معه وانما يتعلق به حكم الامة فان مات
عاد ما فيه اليها فان زادت قيمته انتقل بعض ما فيها وان نقصت قيمته انتقل بعض ما فيه
الي الام قال الكرخي ولو ماتت الام وبقي ولدها وقيمته الف مثل قيمة الام كان الام
تذهب بمائتين وخمسين وذلك لان الدين انقسم فيها وفي الزيادة نصفين فاصابها خمسمائة
انقسمت فيها وفي ولدها نصفين ثم قال الكرخي ولو زادت قيمة الام لم يتغير ما في الزيادة
ولم ينتقص ذلك ولم يزد وذلك لان قيمة الام تعتبر يوم القبض مما يحدث بعد من
الزيادة والنقصان لا يغير حكم القيمة فيه قال ابو الحسن الكرخي وكذلك لو زاده
عبدا مع الجارية قبل الولادة ثم ولدت الامة فهذا والاول سوا وذلك لان الولد
اذا دخل في حصة الام خاصة فلا فرق بين حدوثه قبل الزيادة وبعدها والباقي يعلم
في مختصر الكرخي وشرحه للقدوري قوله قال فان رهن عبدا يساوي الفا بالف
ثم اعطاه عبدا آخر قيمته الف مكان الاول فالاول رهن حتى يرده الي الراهن والمرتهن
في الآخر امين حتى يجعله مكان الاول اي قال محمد في الجامع الصغير وذلك لان تمام
عقد الرهن لما كان بالتسليم الي المرتهن كان تمام نقضه بالرد على الراهن فاذا لم يوجد
الرد بقي الاول رهنا كما كان ومن ضرورة بقائه ان لا يثبت الثاني لانه جعل الثاني
مكان الاول ومكانه مشغول فلا يصح ان يقوم مقامه ما دام الاول في مكانه

لا الشيء انما يقوم مقام الشيء عند عدمه فاذا لم يثبت الثاني رهنا كان امانة عنده فاذا
زاد الاول انتقض الرهن فيه وقام الثاني مقام الاول باعتبار يده عليه لان يد الامانة
تنوب عن يد المرتهن لان الرهن في حق القبض بمنزلة الهبة وقال في الجامع الصغير وهو
في الثاني امين حتى يجعله مكان الرهن قال فخر الاسلام البزدوي ومن مشايخنا من قال ما لم
يقبضه قبضا مستانفا لم يصر مضمونا لان القبض الاول لم يوجب الضمان فلا بد من قبض آخر لان قبض
الامانة لا ينوب عن قبض الضمان وشبه هذا برجل له دين استوفاه زيوفا ثم استبدل به الجياد
ولم يرد الزيوف انه لا يضمن الجياد ما لم يرد الزيوف فاذا ردها احتاج الى قبض آخر للضمان
الجياد فكذلك هاهنا قوله ولو ابرا المرتهن الراهن عن الدين او وهبه منه ثم هلك الرهن في يد
المرتهن هلك بغير شيء استحسانا خلافا لزفر وهذه المسايل من هنا الى آخر كتاب الرهن ذكرته على
سبيل التفريع قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في باب الرهن تهلك في يد المرتهن بغير ضمان من مختصره
واذا ارتهن الرجل من الرجل عبدا بالف وهو قيمته وقبضه ثم ان المرتهن ابرا الراهن من الدين
او وهبه له ثم مات الرهن في يد المرتهن ولم يحدث فيه منعا بعد الهبة والبراءة فانه يهلك بغير
شيء ولا ضمان على المرتهن فيه استحسانا والقياس ان يضمن وهو قول زفر الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله قال في شرح الكافي والقياس قول زفر ووجه قوله ظاهر وهو ان الضمان في باب الرهن
انما وجب باعتبار القبض والقبض الذي به يصير العين مضمونا قايم لم ينعدم بالابراء فصار
حاله بعد الابراء وقبله سواء الا ترى انه باستيفاء الدين لا يخرج من ان يكون مضمونا وان انعدم
الدين بالاستيفاء كما ينعدم بالابراء والدليل على ان قيام الدين ليس بشرط لوجوب الضمان
بالقبض في باب الرهن انه لو رهن عينا عند انسان ثم تصادقا ان لا دين عليه ثم هلك العين
هلك مضمونا لا فرق بين دين ظهر انعدامه بالتصادق وبين دين انعدم بالابراء وكذلك
لو قبضه ليقرضه فهلك قبل الاقراض هلك مضمونا ولهذا قالوا لو اعطى رهنا مكان
الرهن الاول ولم يقبض الاول حتى هلك كان مضمونا لان القبض الموجب للضمان باق
ولنا طريقان في المسئلة احدهما انه فات المضمون به فلا يبقى الضمان وهذا ظاهر لان
الضمان لا يتصور بدون المضمون به لانه وصف للدين ولا قيام للوصف بدون الموصوف
وقد فات المضمون به بالابراء فان المضمون به هو الدين لان عندنا الرهن مضمون
بالدين لانه عقد استيفاء بل يتقرر به تقدر ضمانه ووجه آخر انه بالابراء محل حكمه هو
بعرض ان يثبت فيمنع ثبوته كمن قضى دينا مؤجلا او ابرات المراة زوجها عن صداقها
قبل الدخول ثم طلقها الزوج قبل الدخول فانه لا يرجع الزوج عليها بشيء وهذا كلام ظاهر
الابراء هنا لان حكم السبب متى استوفي مرة لا يستوفى ثانيا قلنا انه استيفاء له لان حكم
هذا السبب عند الهلاك سقوط الدين عن ذمته وهو ليس بسقوط منفرد بل بسنته

الي

الى القبض السابق لانه انما يسقط الدين حكما للاستيفاء وانما يثبت ذلك من وقت القبض
فيثبت السقوط من وقت القبض فصار باسقاطه الدين آتيا للحكم المستحق عليه فلا يستوفى ثانيا
كذا في شرح الكافي والجواب عن فصل التصادق انه ان كان بعد هلاك العين وقد وقع مضمونا
فتقرر حكمه بالهلاك لا يتغير بالتصادق لانه انما يعتبر بالتصادق حكم قابل للتغيير والهلاك
لا يقبل التغيير ولو كان في حالة القيام اختلف المشايخ في ذلك قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي والصحيح انه لا يضمن لما قلنا من فوت المضمون به ولو منعه المرتهن
حتى مات ضمن قيمته لان الامانة تضمن بالمنع قوله او بجهته عند توهم الوجود كما في الدين
الموعود اي الرهن مضمون بجهة الدين عند توهم وجود الدين كما اذا قبض الرهن ليقرضه
فهلك قبل الاقراض هلك مضمونا وكذا اذا ارتهنت المراة رهنا بالصداق فابراته او
وهبته او ارتدت قبل الدخول او اختلعت منه على صداقها ثم هلك الرهن في يدها هلك
بغير شيء في هذا كله قال الكرخي في مختصره وكذلك امراة اخذت رهنا بصداقها ثم طلقها
زوجها قبل ان يدخل بها وهلك الرهن في يدها فلا ضمان عليها في نصف الصداق الذي سقط
بالطلاق وذهب الرهن بما بقي من الصداق وكذلك لو ارتدت قبل الدخول ثم هلك
الرهن في يدها لم يكن عليها ضمان الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك ان الصداق يسقط
نصفه على وجه لا يتعلق به ضمان فصار كسقوطه بالبراءة وقال في شرح الكافي وكذلك
لو اختلعت منه قبل ان يدخل بها ثم منعته حتى هلك وقد ابراته من الصداق ولو منعته
تضمن قيمته بالاخلاف لانها منعت وليس لها حق المنع وقال الكرخي في مختصره فان تزوجها
على غير صداق مسمى واخذت منه بمهر مثلها ثم طلقها قبل ان يدخل بها بطل مهر المثل ووجب
المتعة ولها ان تحبس الرهن بالمتعة عند ابي حنيفة وابي يوسف في قوله الآخر وان
هلك الرهن في يدها ولم تمنعه بالمتعة هلك بغير شيء ورجعت على الزوج بالمتعة
وقال محمد استحسن ان تحبس الرهن بالمتعة فان هلك الرهن في يدها هلك بالمتعة
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه وجه القياس وهو قول ابي يوسف
الآخر ولم يذكر قول ابي حنيفة في الاصل وانما ذكره ابو الحسن ان المتعة دين حادث
ليس ببدل عن مهر المثل ولا جزء منه بدلالة انهما جميعا بدلان عن البضع فلا يكون
احدهما بدلا عن الآخر واحدهما من جنس الاثمان يعني مهر المثل والآخر من جنس الثياب
يعني المتعة فلا يكون جزءا والرهن بالدين لا يكون رهنا بدين آخر حادث ليس ببدل
عن الاول ولا جزء منه وليس كذلك الرهن بالمسلم فيه اذا تفاسخا انه يكون رهنا
براس المال استحسانا لان راس المال بدل عن المسلم فيه فالرهن بالمبدل يكون رهنا
ببدله كمن اخذ رهنا بالعين المغصوبة فتلفت صار رهنا بقيمتها ولان الرهن بمهر المثل

الاترى ان الرهن بالمسلم فيه لما صار رهنا براس المال هلك بالمسلم فيه الذي اوجبه القبض
فلما لم يجعله هالكا بمهر المثل دل على انه ليس بمضمون ولمحمد وهو قول ابي يوسف الاول
ان الرهن مقبوض بموجب العقد وموجب العقد مهر المثل قبل الطلاق والمتعة بعده
فكان رهنا بكل واحد منهما الاترى ان الرهن بالمسلم فيه رهن بموجب العقد وتارة
يكون ذلك المسلم فيه وتارة راس المال وانما جعله هالكا بالمتعة ولم يجعله هالكا بمهر
المثل لان مهر المثل سقط بسبب لا يوجب الضمان فلم يجز ان يصير الرهن مضمونا وليس
كالرهن بالمسلم فيه اذا هلك بعد الاقالة انه يكون هالكا بالمسلم فيه لانه سقط بالاقالة
وهو سبب موجب الضمان والله اعلم قوله ولو استوفى المرتهن الدين بايفاء الراهن او
بايفاء متطوع ثم هلك الرهن في يده هلك بالدين ووجب عليه رد ما استوفى الى من
استوفى منه وهو من عليه او المتطوع بخلاف الابراء يعني في صورة الابراء يهلك بغير شيء
وقد مر قبل هذا وقال في تتمة المبسوط من الشامل قبض المرتهن حقه ثم هلك الرهن
ولم يمنعه من قبضه وقيمته مثل الذي عليه رد ما قبض لانه استوفى الدين مرة فيرد
احدهما وقال في شرح الطحاوي ولو هلك الرهن في يده بعد استيفاء الدين رد ما استوفى
اذا كان سقوط الدين عن الراهن بغير عوض فاذا هلك في يده بعده هلك امانة استحسانا
وقال زفر يهلك بما فيه كما لو استوفى وقال في الشامل ايضا قضى اجنبي دين المرتهن
تطوعا ثم هلك الرهن يرد المال على المتطوع لان المتطوع يقول اديته بدلا عما كنت
تستوفيه عند هلاك الرهن وقد استوفيته فخرج من البدلية كذا في الشامل وفيه خلاف
زفر وكذا الخلاف فيما اذا تطوع باداء مهر امراة غيره ثم طلقها الزوج قبل الدخول
لا يرجع المتطوع عليها بنصف ذلك وعند زفر يرجع الزوج عليها بذلك وعلى هذا لو
اشترى عبدا وتطوع رجل باداء ثمنه ثم رد العبد بعيب يرجع المتطوع على البايع بالثمن
وعند زفر يرجع المشتري على البايع بالثمن له ان المتطوع قضى عن هؤلاء فصار كقضاء
هؤلاء وصار كما لو قضى بامر هؤلاء ولنا انه لم يملكه المؤدي عنه وتبين ان المتطوع ادى بلا
غير ولم يجب الرد عليه بخلاف ما اذا ادى بامرهم لانه يرجع عليهم بما ادى فهلكوا
بالضمان كذا في المختلف قوله وجه الفرق اي بين هلاك الرهن بعد استيفاء الدين
حيث يهلك بالدين وبين هلاكه بعد الابراء حيث يهلك بغير شيء ان بالابراء يسقط
الدين اصلا ولا يبقى الضمان بعد انعدام المضمون به وهو الدين وبالاستيفاء لا يسقط
الدين اصلا لقيام الموجب للضمان وهو قبض الرهن ولكن مع هذا ينعقد استيفاء
المرتهن لانه لا فايدة فيه لانه اذا استوفى ثانيا يطالبه الراهن بمثله ثم لما كان الموجب
قايما بعد استيفاء الدين يتقرر الاستيفاء الاول وهو استيفاء الحكمي باستناد حكم الاستيفاء

فبان المراد بالموجب هو الموجب للاستيفاء لا الموجب لضمان الرهن كما لا يخفى

الى وقت

اوطوز بر ورقه زياده در

الى وقت قبض الرهن فيبطل الاستيفاء الثاني وهو الاستيفاء الحقيقي قوله وكذا اذا
اشترى بالدين عينا او صالح عنه على عين معطوف على قوله ولو استوفى المرتهن الدين
الى قوله وجب عليه رد ما استوفى يعني اذا اشترى المرتهن بالدين عينا من الراهن سقط
الدين عن الراهن بطريق المقاصة ووجب على المرتهن رد الرهن على الراهن فلو هلك
قبل ان يرده يجب عليه رد قيمته وكذا اذا صالح المرتهن مع الراهن عن الدين على عين
يجب عليه رد الرهن ان كان قايما وقيمته ان هلك بعد الصلح قوله لانه استيفاء اي لان
الصلح عن الدين على العين استيفاء الدين قوله وكذا اذا احال الراهن المرتهن بالدين على
غيره ثم هلك الرهن بطلت الحوالة وهلك بالدين قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو احال
الراهن المرتهن بالمال على آخر ثم مات العبد قبل ان يرده فهو بما فيه وبطلت الحوالة وذلك
لان البراءة بطريق الحوالة بمنزلة البراءة بطريق الاداء على معنى انه بعقد الحوالة يزول
عن ملكه مثل ما احال لانه ان كان له على المحتال عليه دين يصير ذلك للمحال عليه عند اداء
الدين او يرجع بمثله عليه ان لم يكن عليه دين فصار عند ذلك كالوكيل اعني ان المحتال عليه
بمنزلة الوكيل عن المحيل فثبت ان هذا براءة وقعت بطريق الاداء فلا يخرج الرهن من ان يكون
مضمونا فاذا هلك بالدين بطلت الحوالة لانه يستند الى حكم الاستيفاء عند الهلاك الى القبض
السابق فتبين انه احال بالدين ولا دين قوله او بما يرجع عطف على قوله ما كان اي يزول
عن ملك المحيل ايضا مثل ما يرجع المحتال عليه على المحيل ان لم يكن للمحيل على المحتال عليه دين قوله
وكذا لو تصادقا على ان لا دين ثم هلك الرهن هلك بالدين لتوهم وجوب الدين بالتصادق وعلى
قيامه قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو ارتهن عبدا بالف درهم بيا وبه ثم تصادقا انه لم يكن
له عليه شيء وقد مات العبد فعلى المرتهن ان يرد اليه الف درهم قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرحه الذي هو مبسوط وذلك لانه قبضه على ظاهر الدين فلا يكون دون
المقبوض على سوم الدين مضمون عليه حقيقة بما ساومه ولم يحققه فكذا المقبوض على ظاهر
الدين قال هذا اذا تصادقا بعد هلاك الرهن اما اذا تصادقا قبل هلاك الرهن ثم
هلك الرهن اختلف مشايخنا في ذلك والصواب انه لا يهلك مضمونا عليه لانهما اذا تصادقا
ان لا دين عليه فقد غيرا وصف الرهن حيث ابطلا المعنى الذي به صار مضمونا وهو
قابل للتغيير قبل الهلاك فصار ذلك بمنزلة الابراء من الدين وقد ذكرنا ان الابراء
يخرجه من ان يكون مضمونا بالقبض فهذا كذلك قوله بخلاف الابراء متصل بقوله يهلك
بالدين يعني ان المرتهن اذا ابرا الراهن عن الدين ثم هلك الرهن في يده هلك بغير
شيء وقد مر بيانه

كتاب الجنايات

مناسبة الجناية بالرهن من حيث الحكم لان حكم الرهن هو صيانة الدين عن التوي

والتلف بوثيقة الرهن فكذا حكم الجناية صيانة النفس عن هلاكها الا ترى الى قوله تعالى
ولكم في القصاص حياة ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب والسنة بخلاف الجناية
فانها محظورة لانها عبارة عما ليس للانسان فعله ولذا ما يجوز فعله اذا فعل سمي جناية
سوا وقع على النفس او على المال الا انه اختص هذا الاسم بعرف اهل الشرع بما وقع على
الانفس وسمي جناية وما وقع على المال غصبا وللعرف غيره في تخصيص الاسامي وانما قدم
كتاب الجنايات على كتاب الديات لان الجناية سبب الدية والحكم يعقبه لاعاله وقدم
في الاصل كتاب الديات على كتاب الجنايات وكذلك فعل الكرخي في مختصره لانه اراد ان
يبين احكام الجنايات والحكم هو المقصود من السبب **قوله** قال القتل على خمسة اوجه
عمد وشبه عمد وخطا وما اجري مجرى الخطا والقتل بسبب اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه فالعمد ما تعمد فيه ضربه بالسلاح او ما اجري مجرى السلاح في تفريق الاجزا
كالمحدد من الحجر والخشب والنار وبيان كل ذلك يجي بعد هذا في المتن قال صاحب الهداية
والمراد بيان قتل يتعلق به الاحكام يعني ان المراد من القتل ما اذا وجد ترتب عليه حكم
كالقصاص والدية والكفارة وحرمان الارث وانما قيد بهذا لان القتل قد يوجد اكثر
مما ذكر ولا يترتب عليه شي من الاحكام المذكورة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل
رجما والقتل صلبا كما في قطاع الطريق وقتل الحربي ثم القتل عبارة عن ازهاق الروح بفعل
شخص وان كان ازهاق الروح بلا فعل مخلوق يسمى ذلك موتا فقد قال في الاصل ان القتل
على ثلاثة اوجه عمد وشبه عمد وخطا ونقل الشيخ ابو جعفر الطحاوي في شرحه والشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره هذه العبارة وقال القدوري في شرحه وقال ابو بكر الرازي يتنوع القتل
على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطا وما اجري مجرى الخطا ونوع ليس بعمد ولا خطا ولا
ما اجري مجرى الخطا وتبعه القدوري في تقسيمه على خمسة وصاحب النافع قال القتل
على اربعة اوجه عمد وشبه عمد وخطا والقتل بالتسبيب ولم يذكر ما اجري مجرى الخطا
لان حكمه حكم الخطا فلم يفرد له نوعا **قوله** قال فالعمد ما تعمد فيه ضربه بسلاح او ما اجري
مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة والنار وليطة القصب
قشره والمروة واحدة المرو وهي حجارة رقاق بيض وانما فسر العمد بذلك لان المراد
من العمد القصد الى القتل وهو ازالة الحياة وهي غير محسوسة لا يمكن معرفتها الا بدليلها
لكونها باطنة فاقيم القصد اليها بدليل الازالة وهو استعمال الالة الجارحة العاملة في
الظاهر والباطن عادة مقامها يعرف عند ذلك كونه متعمدا للقتل قال في شرح الطحاوي
فالعمد ما تعمد قتله بالحديد كالسكين والسيف او ما كان من الحديد سوا كان له حد
يقطع بضعا او ليس له حدة ولكن يرض رضا كالعمود وصنجات الميزان وغيرها او طعن

بالرمح

بالرمح او بالابرة او بالاشفي بعد ان يقع عليه اسم الحديد سوا كان الغالب عليه الهلاك
او لم يكن لان الحديد منصوص عليه لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وفي
رواية لا قود الا بالسلاح وفي رواية لا قود الا بالحديد والمنصوص عليه لا يعتبر
فيه المعنى وكذلك ما كان من جنس الحديد مثل الصفر والرصاص والذهب والفضة
والنحاس والانك سوا قتله بثقله بضعا او رضا وما كان من غير جنس الحديد ان عمل عمل
الحديد فهو عمد والا فلا كما لو احرقه بالنار فهو عمد لانها تعمل عمله لانها تشق الجلد وكذلك
ما له حدة يعمل عمل السيف كالزجاج وليطة القصب والحجر له حد مما يصنع بضعا او
يطعن والخشب له حد مما يجرح فهذا يعمل عمل الحديد فهو عمد الى هنا لفظ شرح الطحاوي
وقال فخر الدين قاضي خان في فتاواه وفي ظاهر الرواية في الحديد وما يشبه الحديد
كالنحاس ونحوه لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال في الاجناس ذكر في الشروط
الكبير لابي جعفر الطحاوي انه لا قصاص في العود من الحديد لانه لا يخرجه **قوله**
وموجب ذلك المائم هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه والقود الا ان يعفو الاوليا
ولا كفارة فيه الى هنا لفظ المختصر اما وجوب الاثم بقتل العمد فلقوله تعالى ومن يقتل
مومنا متعمدا فجزاوه جهنم خالدا فيها قال صاحب الهداية وقد نطق به غير واحد
من السنة بيانه فيما حدث في صحيح البخاري والسنن مسندا الى عمرو بن شرحبيل قال
قال عبد الله قال رجل يا رسول الله اي الذنب اكبر عند الله قال ان تدعو لله ندا
وهو خلقك ثم قال اي قال ان تقتل ولدك خشية ان يطعم معك قال ثم اي قال ثم ان تزاني
حليلة جارك فانزل الله تصديقها والذين لا يدعون مع الله الها اخر ولا يقتلون النفس
التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الا وحدث البخاري ايضا باسناده الى انس بن مالك عن
النبي صلى الله عليه وسلم قال اكبر الكباير الاشراك بالله وقتل النفس وعقوق الوالدين وقول
الزور او قال شهادة الزور وحدث البخاري ايضا باسناده الى عبد الله بن عمر عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال لا ترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب بعض وحدث البخاري ايضا
باسناده الى عبد الله بن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لن يزال المومن في فسحة
من دينه ما لم يصب دما حراما وحدث البخاري ايضا باسناده الى ابن عمر انه قال ان من
ورطات الامور التي لا مخرج لمن اوقع نفسه فيها سفك الدم الحرام بغير حله واما وجوب
القصاص فلقوله تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى وقوله تعالى وكتبنا
عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى ولكم في القصاص حياة وشرايع من قبلنا تلزمنا
على انه شريعة رسولنا ما لم يثبت نسخها وقال تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا
والسلطان القتل بدلالة قوله تعالى فلا يسرف في القتل وانما قيدناه بالعمد وان كان

الخصوص مطلقة لان القصاص عقوبة محضة فيجب ان يكون سببها ايضا جناية محضة
وهو العمد وهذا لان للخطا فيه معنى الاباحة او لقوله عليه السلام العمد قود اي حكم
العمد قود قوله لا شيء لها دون ذلك اي لا شيء ثابت للعقوبة المتناهية دون
الجناية المتكاملة وتكامل الجناية بالعمد لا بالخطا قوله الا ان يعفو الاولياء
او يصالحوا استثنا من قوله وموجب ذلك المأثم والقود يعني ان حكم العمد الاثم والقصاص
الا اذا عفى اولياء القتيل القصاص او يصالحوا على مال فحينئذ يسقط القصاص لان الحق لهم فلهم
ان يتصرفوا فيه عفوا وصلحا والاصل فيه قوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع
بالمعروف واداء اليه باحسان اختلف في تاويل قوله فمن قال بعضهم كناية عن القاتل
وكذلك قوله عفي له اي عنه فمعناه اذا عفي الولي عن القاتل فليسع باخذ الدية
بالمعروف شا القاتل او ابي ليود القاتل الدية اليه باحسان وقوله فاتباع
بالمعروف واداء مصدر بمعنى الامر فليسع وليود كقوله تعالى فضرب الرقاب يعني
فاضربوا الرقاب وقد تعلق الشافعي رحمه الله بهذا التاويل واحتج بما روي عن
رسول الله صلى الله عليه وسلم في رجل اختصم في قاتل اخيه فقال اتعفو عنه فقال لا
فقال اتاخذ الدية قال لا فقال اتقتله قال نعم عرض ولو كان غير حقه لم يعرض
عليه وعنه عليه السلام ولي القتيل بين خيرتين بين قتل واخذ الدية وقال بعضهم
تاويل قوله فمن عفي له من اخيه شيء هو الولي دون القاتل لانه قال فمن عفي له والقاتل
هو المعفو عنه فاما المعفو له فهو الولي ولانه قال فاتباع بالمعروف اي فليسع وهنا
لم يرد الداخل تحت كلمة فمن والقاتل لا يسع احدا بل هو المسح(?) وانما الولي يسع فدل على
ان المراد من الداخل تحت كلمة هو الولي معناه فمن بذل له واعطي من اخيه بطريق الفضل
والسهولة فاتباع بالمعروف ويجوز استعمال لفظ العفو بمعنى البذل والاعطا لغة
على ما قيل خذ ما اتاك عفوا صفوا اي فضلا وهكذا عن ابن عباس في تاويل فمن عفي له
اعطي قال الامام ابو منصور الماتريدي وهذا التاويل هو الصحيح عندنا والواجب
هو القود بطريق التعيين في قتل العمد فان صدر الاية يدل عليه وهو قوله تعالى
كتب عليكم القصاص اخبر ان المكتوب والمحكوم عليه هو القصاص فلو كان له الخيار بين
القصاص والعفو واخذ الدية من القاتل شا او ابى لم يكن القصاص مكتوبا عليه انما
المكتوب عليه احدهما كما في كفارة اليمين ولذلك لا يقال ان المكتوب عليه هو الاعتاق
بل احد الثلثة فلما كتب القصاص دل ان اخذ الدية كالخلف عنه ولقوله عليه السلام
العمد قود الا ان يعفو وعنه الا ان يتادى والمعاداة تعلق بين اثنين وهذا يقتضي
انه لا يجوز الاخذ الا عن تراض واصطلاح منهما جميعا كذا في شرح التاويلات وقوله

تناول

تعالى ذلك تخفيف من ربكم ورحمة فيه اباحة العفو واباحة اخذ المال بطريق الصلح خلاف
ما هو في حكم التورية والانجيل فانه قيل كان في التورية مشروعا عرفنا ذلك باخبار
الله تعالى في كتابنا بقوله وكتبنا عليهم في التورية مشروعا والقتل مشروعا فيها ان النفس
بالنفس الى قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له اي من عفا دل ان العفو كان مشروعا
في التورية ويحتمل ان الامر كما قيل ان العفو فيها غير مشروع ويكون قوله تعالى وكتبنا
عليهم فيها ان النفس بالنفس اخبارا ان القود شرع لنا ولغيرنا وتم الاخبار الى قوله
تعالى والجروح قصاص ويكون قوله تعالى فمن تصدق به فهو كفارة له بيانا لابتدا شرع
العفو في شريعتنا على الخصوص لا انبا عن الاخبار عن شريعتهم والله اعلم كذا في شرح التاويلات
ثم انما يجب القصاص في العمد اذا كان القاتل من اهل العقوبة بان يكون عاقلا بالغا مخاطبا
مسلما كان او كافرا ذكرا كان او انثى حرا كان او عبدا والمقتول معصوم الدم عصمة ابدية
وليس بينهما شبهة ملك ولا شبهة الولادة اي يكون ولده وان سفل وان لا يكون مملوكه
فانه يجب على القاتل القصاص ويقتص بالسيف ولا يقتل بما قتله لان المماثلة في القصاص
ليس بشرط عندنا وعند الشافعي رحمه الله يقتل بما قتله كذا في شرح الطحاوي ومن الاحكام
ايضا حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل وقال عبيدة السلماني لا يورث
لقاتل بعد صاحب البقرة قوله ثم هو واجب عينا اي القود قوله وهو احد قولي
الشافعي رحمه الله اي وجوب القصاص عينا قوله لانه اي لان المال قوله بدون
رضاه اي رضا القاتل قوله ما تلونا من الكتاب اراد به قوله تعالى كتب عليكم القصاص
في القتلى وبيانه قبل هذا قوله ورويناه من السنة اراد به قوله عليه السلام العمد
قود وفيه مصلحة الاحياء زجرا وجبرا اي في القصاص مصلحة الاحياء شرعا واستيفاء قال
تعالى ولكم في القصاص حياة اي في شرعه لتبلغ نفس المقتول لان القاتل يمتنع عن القتل
خوفا عن القصاص وكذا في استيفائه لانه لو لم يقتص منه ربما يقتل اوليا القتيل ايضا خوفا
ان يتعادوه فاذا استوفي القصاص قسم النفهم(?) والحاصل ان القصاص من شرع جبرا(?) للمتلفات
وانه يقتضي المماثلة ولا مماثلة بين الادمي والمال فلا يتحقق معنى الجبر بالمال ولكن
حالة الخطا لما لم يجب القصاص لشبهة الاباحة في الفعل ورد الشرع بايجاب المال تعظيما(?)
لامر الدم وصونا عن الهدر فلم يدل ذلك على ان الضمان الاصلي ليس بالقصاص قوله
ولا يتعين بعدم قصد الولي بعد اخذ المال اي بعدم قصد الولي قتل القاتل بعد ما اخذ
الدية يعني يجوز ان ياخذ الولي المال من القاتل بغير رضاه ثم يقتله وهذا جواب عما قال
الشافعي ان المال تعين دفعا للهلاك قوله ولا كفارة فيه اي في العمد وهذا عندنا وقال
الشافعي تجب الكفارة فيه قياسا على الخطا والجامع ان في النفس حقا لحق الشرع وحق

العمد فالاول مضمون بالكفارة والثاني مضمون بالدية او القصاص ولان التكفير للتطهير
عن الذنب والحاجة الى التطهير في العمد اكثر من الحاجة اليه في الخطا فكان العمد احق بايجاب
التكفير ولنا ان القتل كبيرة محضة بصريح الحديث الذي ذكرناه في اول كتاب الجنايات
والكبيرة المحضة التي ليس لها معنى الاباحة لا تصلح ان تكون سببا للكفارة التي لها معنى العبادة
لان الاعتاق والصوم عبادة بخلاف الخطا فان فيه معنى الاباحة ولا يصلح الخطا ادنى جناية
من العمد لا محالة والشيء اذا كان رافعا للادنى لا يلزم ان يكون رافعا للاعلى فلا تشرع
الكفارة في العمد ولان الله عز وجل ذكر العمد وحكمه والخطا وحكمه وبين الكفارة في احدهما
دون الاخر فلو كانت واجبة في العمد لوجبها في الخطا لبينها ولا يجوز ان يقال اكتفى بذكرها
في الخطا لان الله تعالى ذكر انواع القتل الموجب للكفارة وكرر الكفارة في كل قتل فذكر قتل
المؤمن في دار الاسلام والمعاهد والمسلم في دار الحرب ولم يكتف بذكر الكفارة في بعض المواضع
عن بعض فلو كانت واجبة في العمد لم يكتف بذكرها في الخطا بيانه في قوله تعالى وما كان لمؤمن
ان يقتل مؤمنا الا خطأ ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله فمن لم
يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه
جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه واعد له عذابا عظيما وقوله تعالى وما كان لمؤمن
ان يقتل مؤمنا اي ابتدا غير قصاص الا خطأ اي الا على وجه الخطا ومن قتل مؤمنا خطأ
فتحرير رقبة مؤمنة اي فعليه اعتاق رقبة مسلم ذكرا كان او انثى كفارة لذلك حقا لله
عز وجل ودية مسلمة الى اهله او مؤداة الى اولياء القتيل وهم ورثته الا ان يصدقوا اي
الا ان يتصدقوا عليه بالدية ومعناه العفو فان كان من قوم عدو لكم اي ان كان المقتول
من قوم اعداء لكم والعدو جمع كقوله تعالى انهم العدو فتحرير رقبة مؤمنة يعني اذا اسلم
الحربي في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم فلا قصاص فيه ولا دية وفيه الكفارة لا غير
والشافعي حمل الاية على مؤمن اختلط باهل الحرب ورمى المسلم اهل الحرب فاصابه لم يضمن
لانه بالاختلاط باهل الحرب اسقط حق نفسه قال صاحب التيسير هذا لا يستقيم لانه قال
من قوم عدو لكم وذلك لا يكون منهم بل يكون فيهم فالمحل الصحيح ما قلنا وهو المعروف
وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق اي ان كان المقتول ذميا فحكمه حكم المسلمين يجب فيه
الدية والكفارة لقوله تعالى فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله فمن لم يجد اي الرقبة
المؤمنة فصيام شهرين متتابعين اي فعليه ذلك بدلا عن التحرير توبة من الله اي قبولا
من الله ورحمة منه من تاب الله عليه اذا قبل توبته يعني اذا شرع ذلك توبة منه او نقل
الحكم من الرقبة الى الصوم توبة منه وكان الله عليما اي عالما بالقاتل انه عامد او مخطي
وعالم بالتكفير به اي بنوي به التوبة او الاصرار حكيما في شرع هذه الاحكام ومن يقتل

مؤمنا

مؤمنا متعمدا اي قاصدا قتله لايمانه وهو كفر او مستحلا لقتله وهو كفر
ايضا فجزاؤه جهنم اي هو جزاؤه فيه اشارة الى ان الكفارة لا تجب فيه لانه تعالى جعل جزاؤه
جهنم لا غير لا يقال يلزمكم وجوب القصاص لانا نقول ذلك عرف باية اخرى وهي قوله
تعالى كتب عليكم القصاص ولانه مال يتعلق بقتل الخطا فلا يجب في قتل العمد كالدية وغضب
الله عليه اي انتقم منه فان قيل الدية بدل عن النفس والقصاص بدل عنها ايضا ولا يجوز
اجتماع بدلين عن مبدل واحد والكفارة ليست ببدل عن النفس فيجوز جمعها مع القصاص
كما يجوز مع الدية قلنا سقط علة الاصل بالجماعة اذا قتلوا واحدا عمدا ثم قتل واحد بدل
عنه فقد اجتمع ابدال عن مبدل واحد وفي مسئلتنا وان لم تكن الكفارة بدلا عن النفس
ان احدهما ينافي الاخر لان القصاص يسقط مع الشبهة والكفارة تثبت مع الشبهة والكفارة
ولا يجوز اجتماع المتنافيين كالمهر والحد في المطاوعة قالوا ادمي مضمون فتتعلق به
الكفارة كقتل الخطا قلنا ينتقض بما اذا قتل من عليه القصاص فانه قتل ادمي مضمون ولا
يجب به الكفارة بدل على انه مضمون هو انه قتل في مقابلة مال وعوض عنه كالمبيع مع الثمن
قالوا قتل يوجب حرمان الميراث فيتعلق به الكفارة كالخطا قلنا انما وجب حرمان الميراث
لا مستحق له ما اخره الله تعالى والكفارة تجب لتخطيه المأثم والمأثم في الخطا اقل وفي العمد
اعظم فلا يجعل كفارة الخطا تطهيرا للعمد قالوا كل قتل تجب به الكفارة اذا كان خطا تجب
به الكفارة اذا كان عمدا كقتل الصيد قلنا في الاصل لا يؤدي الى اجتماع المتنافيين وهو اجتماع
ما يثبت مع الشبهة وما يسقط معها بخلاف الفرع فانه يؤدي الى ذلك على ما بينا قوله
قال وشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجرى السلاح
اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وقال ابو يوسف ومحمد اذا ضربه بحجر عظيم او بخشبة
عظيمة فهو عمد وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا الى هنا لفظ المختصر وقال
الكرخي قال محمد في كتاب الاصل شبه العمد ما تعمد ضربه بالعصا او بالسوط او الحجر او اليد
وروى الحسن عن ابي حنيفة في رجل ضرب رجلا بعصا فقتله ان ذلك شبه العمد وكذلك لو ادماه
بحجر فشجه وكذلك لو ضربه بحجرة او عود وكذلك لو وكزه او وجاه فمات من وجاته او عضه
فمات من عضته فكذلك كله شبه العمد قال ابو الحسن وتغلظ الدية في شبه العمد في الابل
اذا فرضت الدية منها فاما غير الابل فلا تغليظ فيها الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال القدوري
في شرحه واما شبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح
في تفريق الاجزاء وقال ابو يوسف ومحمد ان يتعمد الضرب بالة لا تقتل مثلها في الغالب
وهو قول الشافعي رحمه الله وقال في شرح الطحاوي واما شبه العمد فهو ان يضربه بشيء الغالب
فيه الهلاك كمدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوه فاذا قتله به فهو شبه

العمد عند ابي حنيفة وعندهما هو عمد فاما اذا تعمده فقتله بعصا صغيرة او بحجر صغير او
بلطمة كلما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه فهذا شبه العمد بالاجماع واذا تابع
الضرب حتى مات فهو شبه العمد عند ابي حنيفة وعندهما هو عمد الى هنا لفظ شرح الطحاوي
وسمي شبه العمد لانه عمد من وجه وخطا من وجه لانه قصد بفعله الضرب دون القتل
لان الالة ليست بصالحة له ويسمى خطا العمد ايضا ثم وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه ما روي
في السنن مسندا الى عبد الله ابن عمر قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم يوم الفتح بمكة
الا ان دية الخطا شبه العمد ما كان بالسوط والعصا فيها مائة من الابل منها اربعون في
بطونها اولادها ولم يفصل بين العصا الصغيرة والكبيرة وروي عن علي بن ابي طالب انه قال
في شبه العمد الحذفة بالعصا والقذفة بالحجر ولانه قتل بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى
السلاح في تفريق الاجزا كالعصا الصغيرة ولا يجب القصاص في شبه العمد لانه ليس بجناية
محضة لانه من حيث انه ضرب مباح في الجملة لان الضرب على سبيل التاديب والرياضة
مشروعة في الجملة ولانه آلة لا يجوز الذكاة بها فلا يجب القصاص بها كالسوط ولا يلزم
اذا حرقه بالنار لان النار يقع به الذكاة ولو جعلت على موضع الذبح فقطعت الحلقوم
والودجين حل الاكل ذكره القدوري في شرحه ووجه قولهما ما روي في صحيح البخاري مسندا
الى انس ابن مالك قال خرجت جارية عليها اوضاح بالمدينة فرماها يهودي بحجر قال فجي
النبي صلى الله عليه وسلم وبها رمق فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلان قتلك فرفعت
راسها فقال لها في الثانية فلان قتلك فرفعت راسها فقال لها في الثالثة فلان قتلك
فخفضت راسها فدعا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتله بين الحجرين ولانه قصد الى القتل
بالضرب بآلة يقتل مثلها في العادة فيتعلق به القصاص كالحديد قوله على غرة من المغمود
قتله اي على غفلة من الذي يقصد قتله قوله وبه يحصل القتل غالبا اي وبالمثقل الالة
على غفلة من الذي يقصد قتله حصل القتل غالبا ولا يحصل ذلك بآلة موضوعة لازهاق
الروح كالسيف والسكين فاذا كان كذلك قصرت العمدية في الحجر العظيم والخشبة
العظيمة وان تعمد الضرب بها نظرا الى الالة لانها ليست بموضوعة للقتل فكان القتل بالحجر
العظيم والخشبة العظيمة شبه العمد كالقتل بالسوط والعصا الصغير قوله ق ...
وموجب ذلك على القولين الاثم اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والكفارة ولا قود
فيه وفيه الدية المغلظة على العاقلة اما الاثم فلانه تعمد الضرب بغير حق وهو ممنوع
عنه فيتعلق به الماثم قصد القتل او لم يقصد اما وجوب الكفارة فلان الله تعالى اوجب
الكفارة في الخطا بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطا فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مومنة
وشبه العمد فيه الخطا بالنظر الى الالة فدخل تحت النص واما عدم وجوب القصاص فلان

رسول الله صلى الله عليه وسلم اوجب فيه الدية لا القصاص ولانه لما كان خطا من وجه
وعمدا من وجه كان ذلك شبهة في سقوط القصاص فسقط لان القصاص عقوبة متكاملة
فيجب ان يكون سببه جناية متكاملة واما وجوب الدية المغلظة فلقوله عليه السلام
فيه مائة من الابل منها اربعون في بطونها اولادها قال القدوري في شرحه وقد روي
تغليظ الدية عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد وابي موسى الاشعري والمغيرة ابن شعبة
وان اختلفوا في كيفية التغليظ فصار ذلك ثابتا بالاجماع ثم هذه الدية تجب على العاقلة
قال القدوري في شرحه وجملة هذا ان كل دية تعلق وجوبها بالقتل فانها على العاقلة كدية
الخطا وكل دية وجبت لمعنى حادث فانها في مال القاتل كما لو وجب بالصلح ولهذا كان الشيخ
ابو الحسن الكرخي يقول ان من قتل ابنه عمدا فوجب قتله القود ثم سقط الى الدية لان
القتل لو اوجب الدية لكانت على عاقلته وقد قضى عمر بن الخطاب بالدية بحضرة الصحابة
من غير خلاف وهذا لا خلاف فيه الا ما حكي عن الاصم انه قال لا يلزم الدية العاقلة لقوله
تعالى ولا تزر وازرة وزر اخرى قال وهذا ليس بصحيح لان قوله تعالى ولا تزر وازرة وزر
اخرى المراد به في احكام الاخرة بدليل الاخبار الواردة بوجوب الدية على العاقلة ويكون
ذلك عليهم في ثلاث سنين وكذلك كل دية وجبت بنفس القتل فاما اذا وجبت بالصلح ففي
ماله والاصل في التاجيل ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث
سنين بحضرة الصحابة من غير نكير وقد قال مالك اني لا اعرف في القتل الا العمد والخطا فاما
شبه العمد فلا اعرفه قال القدوري وهذا فاسد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان
قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا ولان الصحابة اتفقوا على تغليظ دية شبه العمد وان
كانوا اختلفوا في كيفية التغليظ فدل انه نوع غير الخطا والعمد ويجوز ان يجتمع في الشي
الواحد الخطا والعمد من جهتين ولا منافاة لانا سميناه عمدا لانه تعمد الضرب وسميناه
خطا لانه لم يقصد القتل حيث ضرب بآلة ليست بموضوعة للقتل فكان ذلك عمدا في
القصد وخطا في الالة قال القدوري وهذا الاسم انما عرف بالشريعة فاما اهل اللغة
فلا يعرفونه وقال اصحابنا التغليظ لا يكون الا بالدية من الابل دون غيرها لان القياس
يمنع من التغليظ لان عمد الاتلاف وخطاه في باب الغرم سوا وانما تركوا القياس في الدية
من الابل فغلظوا بالخبر وما سواها على اصل القياس قوله لا بمعنى يحدث من بعد اي من بعد
القتل وهو احتراز عن وجوب الدية بالصلح عليها وعن وجوب الدية بقتل الاب ابنه وعن
وجوب الدية باقرار القاتل خطا بعد قتله فان الدية في هذه الصور لم تجب ابتدا بل
وجبت بمعنى حادث بعد وجوب القصاص فلا جرم لم تجب على العاقلة بل وجبت في مال
القاتل قوله وسنبين صفة التغليظ فيه في اول كتاب الديات قوله ويتعلق به

حرمان الميراث اي يشد العدو وذلك لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل ولانه تعمد
الضرب ولا يومن ان يكون تعمد القتل قوله فالحجة عليه ما اسلفنا اراد به قوله عليه السلام
الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط والعصا وفيه مائة من الابل قوله قال والخطا
علي نوعين خطا في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا هو ادمي او يظنه حربيا
فاذا هو مسلم وخطا في الفعل وهو ان يرمي غرضا فيصيب ادميا وموجب ذلك الكفارة
والدية علي العاقلة اي قال القدوري في مختصره ولا اثم فيه والخطا ضد
الصواب ويراد به الوقوع في الشي من غير قصد الي ذلك الشي قال في شرح الطحاوي واما
قتل الخطا فهو ان يقصد مباحا فيصيب محظورا كما اذا رمي صيدا فاصاب انسانا وكما اذا
رمي حربيا فاسلم وهو لا يعلم او مرتدا فاسلم وهو لا يعلم باسلامه او الي رجل فاصاب غيره
فهذا هو الخطا فاما اذا قصد به عضوا من شخص فاصاب عضوا اخر من ذلك الشخص فهذا
عمد كذا في شرح الطحاوي وانما وجبت الكفارة بنص القران وهو قوله تعالي ومن قتل مومنا
خطا فتحرير رقبة مومنة ولا قود فيه لان الله تعالي لم يوجب فيه القصاص بل اوجب الدية
بقوله تعالي ودية مسلمة وانما وجبت الدية علي العاقلة في ثلاث سنين لما بينا ان كل دية
تجب علي القاتل ابتدا الا بمعني سيحدث فانها علي العاقلة وبذلك قضي عمر رضي الله عنه بحضرة
الصحابة من غير نكير والي هذا اشار في المتن بقوله لما بينا قوله ولا اثم فيه اي في الخطا
قال صاحب الهداية يعني في الوجهين اي في وجهي الخطا وهما الخطا في القصد والخطا
في الفعل وانما لم يجب الاثم لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطا والنسيان وما استكرهوا
عليه والمراد منه ثم القتل العمد الا تري انه ارتكب المحظور في قتل الخطا لانه لو لم يكن
محظورا لم يجب فيه شي من الكفارة والدية لان فاعل المباح لا يلزمه شي وقد وجبت عليه
الكفارة وهي لا تعطيه الاثم فلو لم يكن محظورا كان مباحا فلم يجب فيه شي والحاصل ان اصل
الرمي مباح وترك التثبت فيه محظور فما جناية قاصرة فصلحت سببا للعقوبة القاصرة
وهي الكفارة المتردد بين العبادة والعقوبة وهذا معني قوله لان شرع الكفارة يوذن
باعتبار هذا المعني اي معني ترك العزيمة والمبالغة في التثبت قوله ويحرم عن الميراث
اي يحرم القاتل خطا عن الميراث وذلك لعموم قوله عليه الصلاة والسلام لا ميراث لقاتل
ولانه لا يومن ان يكون قاصدا في الباطن القتل واظهر الخطا فلاجرم يحرم الميراث
قوله قال وما اجري مجري الخطا مثل النايم ينقلب علي رجل فيقتله فحكمه حكم الخطا
واما القتل بسبب فهو كحافر البير وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف به ادمي
الدية علي العاقلة اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا كفارة فيه قال القدوري
في شرحه واما النوع الذي اجري مجري الخطا فهو النايم اذا انقلب فوقع علي انسان

فقتله

فقتله لان النايم لا قصد له ولا يوصف فعله بالعمد ولا بالخطا الا انه كالخطا في الحكام
لان المقتول مات بثقله فهو كالميت بفعله فيجب علي الكفارة وعلي عاقلته الدية ولا قود
عليه لانه ادون من الخطا ويحرم الميراث لانه لا يومن ان يكون تعمد ذلك في الباطن واما
النوع الخامس فهو حافر البير وواضع الحجر لانه ليس بمتعمد للقتل ولا مخطي فيه الا تري
ان القاتل من اوقع الفعل في المقتول او فيما يتصل به وذلك غير موجود في الحافر
وانما اوجبوا علي عاقلته الدية لانه تعدي في الحفر ولا اثم عليه بالموت وانما المانم
بالحفر ولا كفارة عليه ولا يحرم الميراث عندنا لانه غير متهم الا تري انه لا يعلم ان
مورثه يقع في البير قوله ولا يتعلق به حرمان الميراث اي بالقتل بسبب وقال
الشافعي رحمه الله يلحق بالخطا في احكامه اي يلحق القتل بسبب بالقتل الخطا حتي يجب الكفارة
وحرمان الميراث وذلك لان الكفارة تجب بالقتل وقد وجد بدليل ايجاب الضمان
عليه وانزاله الشرع اياه متلفا ولنا ان الكفارة تجب بالقتل وحافر البير ليس بقاتل
الا تري انه لا يجوز ان يكون قاتلا بالحفر ولا مقتول هنالك ولا يجوز ان يكون قاتلا
بالوقوع لانه قد يقع في البير بعد موت الحافر ويستحيل ان يكون قاتلا بعد موته
ولان الكفارة تجب جزا علي الفعل المحظور لا من لا عن المحل الا تري انها تتعدد بتعدد
الفاعلين وان اتحد المحل والشرع اوجب الكفارة بفعل هو مباشرة والسبب دونها
فتعذر الالحاق وانما لم يحرم الميراث ان كان وارث المجني عليه لانه ليس بقاتل وحرمان
الميراث يتعلق بالقتل ولان حرمان الميراث يثبت علي وجه العقوبة لمن اعتمد القتل
او جاز ان يكون متعمدا في الباطن وهذا المعني لا يوجد في حفر البير ولانه لو كان
قتلا لاستوي الحال فيه بين ايقاعه في ملكه وغير ملكه كالجراحة والرمي والواقع
لا يسمي مقتولا بل يسمي هالكا فاذا ثبت انه ليس بقتل لا يتعلق به الكفارة وحرمان الميراث
كالاستهلاك قوله وما يكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيما سواها اي فيما هو دون
النفس قال القدوري في مختصره وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطا قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد وما جعلناه في النفس
شبه عمد فهو فيما دون النفس يوجب القصاص اذا كان يستطاع القصاص فيه الي هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان ما دون النفس لا يختص اتلافه بالة دون الة وانما
اعتبرت الالات في النفس لان القتل يقصد بالة دون الة فلما استوت الالات
فيما دون النفس اعتبر اعتبار الضرب فكان عمدا كذا في شرح القدوري قوله

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجب لما ذكر انواع القتل وهي خمسة ومن جملتها
العمد وقد يوجب العمد القصاص وقد لا يوجبه شرع في بيان ذلك فقال قوله

القصاص واجب بقتل كل محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا اي قال القدوري
في مختصره اما اشتراط العمدية لوجوب القصاص فلما مر من قوله عليه السلام العمد
قود ولان الجناية بالعمد تتكامل فكان جزاؤها متكاملا واما اشتراط حقن الدم على
التأبيد فهو منعه من ان يبتغله لو احتراز عن الحربي فان قتله لا يوجب القصاص وان
كان عمدا لان عصمته ليست بابدية فثبتت شبهة الاباحة في قتله والاصل في ثبوت القصاص
الكتاب والسنة قال الله عز وجل ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القتل
بدليل قوله فلا يسرف في القتل وقال عز وجل وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقال
تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى وقال النبي صلى الله عليه وسلم العمد قود
ولا يقال يرد قتل الابن عمدا اشكالا على الحد الذي ذكره فانه لا يوجب القصاص لانا
نقول موجبه القصاص ايضا ولكن سقط بحرمة الابوة وذلك عارض والكلام في
الاصول لا في العوارض ولهذا كان الابن شهيدا وان كان تجب الدية لانه ابدل مالا
للشبهة وبه صرح في شرح الطحاوي في كتاب الصلاة قوله قال ويقتل الحر بالحر
والحر بالعبد اي قال القدوري في مختصره قال ابو الحسن الكرخي في مختصره واجمع المسلمون
على قتل الذكر بالانثى والانثى وعلى قتل العبد بالحر وذلك عندنا لقوله النفس بالنفس
واختلفوا في قتل الحر بالعبد واجمع اصحابنا على قتل الحر بالعبد لعموم قوله النفس
بالنفس وبقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا والسلطان القود الى
هنا لفظ الكرخي في مختصره اعلم ان الحر يقتل بالعبد عندنا وقال مالك والشافعي رحمه الله
واحمد بن حنبل لا يقتل الحر بالعبد لنا عموم قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس
وعموم قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله عليه السلام العمد
قود وهو عام ولان المماثلة لا تعتبر في الانفس وانما تعتبر في حق الجسم الا ترى انه
يقتل البصير بالاعمى والصحيح بالاشل والعالم بالجاهل والشريف بالوضيع والحر والعبد
يتساويان في حق الدم على التأبيد فان قيل قال الله تعالى الحر بالحر والعبد بالعبد
والتخصيص دل على انه لا يقتل الحر بالعبد قيل الاية دلت على ثبوت القصاص بين الحرين
وبين العبدين والتخصيص بالذكر لا يدل على نفي ما عداه الا ترى ان العبد يقتل بالحر
مع وجود هذا التخصيص والا ترى ان الذكر يقتل بالانثى والانثى بالذكر مع وجود مثل
هذا التخصيص بقوله تعالى والانثى بالانثى وفائدة التخصيص ما قال القدوري في شرحه
ان الاية نزلت على سبب وهو ان بني النضير كانوا اشرف من قريظة واعترفت لهم
انه يقتل بالعبد من بني النضير الحر من بني قريظة ومن يقتل بالحر من بني قريظة العبد
من بني النضير فابطل الله هذا الصلح بقوله الحر بالحر والعبد بالعبد ولان العبد نفس معصومة

علي

على سبيل الكمال لانه ساوى الحربي في سبب العصمة والمساواة في السبب توجب المساواة
في الحكم والسبب هو الاحتراز بالدار والاسلام ولان العبد مبقى على اصل الحرية في حق الدم
ولهذا لم يكن لمولاه ان يبيح دمه قالوا احد نوعي القصاص فلا يجري بين الحر والعبد كالقصاص
في الطرف قلنا ذلك منقوض بقتل العبد بالحر او نقول الحران اذا كان بيد احدهما
شلل او مقطوعة الاصابع وبيد الاخر صحيحة لا يجري القصاص بينهما في الطرف ويجري في
النفس فيفسد قياس القصاص في النفس على القصاص في الطرف ولان الطرف يجري مجرى
المال اذ لا مدخل للكفارة والقسامة فيه بخلاف النفس قوله ويجب بالدين اي العصمة
المؤثمة بالدين يعني بالايمان او بالدار اي العصمة المقومة وقد مر بيان العصمتين في
كتاب السير ولا يرد على هذا المعنى المستأمن اشكالا لان عصمته كانت مؤقتة ولكن سقطت
جنايته المتقاعدة قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء شبهة الاباحة
هذا جواب سؤال يقال من جهة الخصم وهو ان هذا القتل فيه شبهة الاباحة لان الرق
اثر الكفر لانه سببه على ما عرف في اصول الفقه والكافر مباح الدم فان كان فيه
شبهة الاباحة لا يجب القصاص على الحر بالرقيق فاجاب عنه وقال شبهة الاباحة منتفية
لانه لو كانت ثابتة لم يجر القصاص بين العبدين لان اثر الكفر وهو الرق قائم فلا يجري
القصاص بين المستأمنين على جواب الاستحسان لابدان كفرهما شبهة اباحة القتل
قوله قال والمسلم بالذمي اي قال القدوري في مختصره يعني يقتل المسلم بالذمي وقال
الكرخي في مختصره واجمع اصحابنا على قتل المسلم بالكافر الذمي الذي يؤدي الجزية ويجري
عليه احكام المسلمين وانه لا يقتل مسلم بكافر غير ذمي وان كان مستأمنا في دار الاسلام
وله عهد وميثاق وهو باق على حكم دار الحرب لا يجري عليه احكام المسلمين الى هنا
لفظ الكرخي رحمه الله وقال مالك والشافعي واحمد لا يقتل مسلم بكافر لنا ما روى
البخاري في الصحيح مسندا الى الشعبي قال سمعت ابا جحيفة قال سألت عليا هل عندكم
شيء مما ليس في القرآن قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل مسلم بكافر ولنا ما قال
الله تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى عام يتناول الذمي والمسلم فكان
مقتضاه وجوب القصاص على المسلم بقتل الذمي الا ان الحربي خرج عن العموم بالاجماع
لانه ليس بمحقون الدم على التأبيد وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس
وشريعة من قبلنا لازمة حتى يثبت نسخه على لسان نبينا ومن جهة السنة ما قال محمد
في كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم ان رجلا من بكر بن وائل قتل رجلا
من اهل الحيرة فكتب فيه عمر بن الخطاب ان يدفع الى اولياء القتيل فان شاؤوا قتلوا وان
شاؤوا عفوا فدفع الرجل الى اولياء المقتول الى رجل يقال له حنين من اهل الحيرة فقتله

نكتب فيه عمر بعد ذلك ان كان الرجل لم يقتل فلا تقتلوه فرأوا ان عمر اراد ان يرضيهم
بالدية قال محمد وبه نأخذ اذا قتل المسلم المعاهد قال قتل به وهو قول ابي حنيفة وقد بلغ
بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قتل مسلماً بمعاهد وقال انا احق من وفى بذمته
الى هنا لفظ كتاب الآثار فلولا ان القصاص واجب لم يأمر عمر ابتداء واسقاطه في الثاني
لمصلحة رآها للمسلمين والجواب عن الحديث الذي رواه الخصم هو ما قال الطحاوي في
شرح الآثار ان الذي حكاه ابو حنيفة عن عالم لم يكن مسندا ولو كان مسندا لاحتمل ما قالوا
ولكن كان موصولا بغيره وهو ما حدثنا ابن ابي داود قال حدثنا مسدد قال حدثنا
يحيى بن سعيد عن ابن ابي عروبة قال حدثنا قتادة عن الحسن عن قيس بن عباد
قال انطلقت انا والاشتر الى علي فقلنا هل عهد اليك رسول الله صلى الله عليه وسلم
عهدا لم يعهده الى الناس عامة قال لا الا ما كان في كتابي هذا فاخرج كتابا من قراب
سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافأ دماؤهم ويسعى بذمتهم ادناهم وهم يد على من سواهم
الا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من احدث حدثا فعلى نفسه ومن احدث
حدثا او آوى محدثا فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين قال فهذا هو الحديث
بتمامه ويحال ان يكون على المعنى الذي ذهب اليه الخصم لانه قال لا يقتل مؤمن
بكافر ولا ذو عهد في عهده اي لا يقتل مؤمن ولا ذو عهد بكافر اي بكافر حربي ولا
يجوز ان يكون معناه لا يقتل مؤمن بذي عهد ولا بكافر لانه لو كان المراد ذلك لقيل
ولا ذي عهد بالجر عطفا على الكافر وقال الطحاوي ايضا في شرح الآثار حدثنا ابن مرزوق
قال حدثنا ابو عامر العقدي قال حدثنا سليمان بن بلال عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن
عن عبد الرحمن ابن البيلماني ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل من المسلمين قد قتل معاهدا
من اهل الذمة فامر به فضربت عنقه وقال انا اولى من وفى بذمته قال في البناية التكافؤ
التساوي اي يتساوى في القصاص من غير تفاوت لا فضل فيه لشريف على وضيع والذمة
الامان ومنه سمي المعاهد ذميا لانه اومن على ماله ودمه للجزية اي اذا اعطى احد في
رجل منهم امانا فليس للباقين اخفار المعتوه شاهد لما قلنا وهو ان الحربي دمه
وماله حلال فاذا صار ذميا حرم دمه وماله فصار كالمسلم في ان دمه وماله
حرام لنا اخذه ومن سرق من ماله شيئا قطع كما يقطع اذا سرق من مال المسلم فكان
القياس ان يقتل المسلم الذي يقتله كما يقتل اذا قتل مسلما اذا اجمعوا انه لا فرق بين
اتلاف حرمة ماله وحرمة مال المسلم في القطع فكذلك يجب ان يكون فرق بين
انتهاك حرمة دمه وحرمة دم المسلم وايضا ان حرمة المال دون حرمة النفس فاذا
كان المسلم يقطع بمال الذمي فلان يقتل المسلم بنفس الذمي اولى ويدل على عصمة الذمي

قوله

قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يحرمون ما حرم الله ورسوله
ولا يدينون دين الحق من الذين اوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون
اثبت اباحة القتل ممدودا الى غاية قبول الجزية والحكم الممدود الى غاية ينتهي بوجود
تلك الغاية فاذا وجد قبول الجزية انتهت الاباحة واذا انتهت الاباحة ثبتت العصمة
ضرورة فان قيل مبنى القصاص على التكافؤ في العصمة وعصمة الكافر دون عصمة المسلم
لان الذمي عصم نفسه بالامان والمؤمن بالايمان والايمان اعلى اسباب العصمة فلا تفاوتا في
سبب العصمة تفاوتا في القصاص قلنا نعم القصاص مبناه على التكافؤ في العصمة ولكن استويا
فيه لان كل واحد منهما محقون الدم على التأبيد باحرازه بالدار ولو كان الاعتبار بالاسلام
لوجب اذا اسلم في دار الحرب ولم يهاجر الينا ان يقتل قاتله وان وجب الدية اذا قتله خطأ
وايضا اتفقنا جميعا على ان ذميا لو قتل ذميا ثم اسلم قتل به فلو كان الاسلام مما يمنع القصاص
في الابتداء لمنعه اذا طرأ بعد وجوبه قبل استيفائه الا ترى انه لما لم يجب القصاص بين الاب
والابن اذا قتله كان كذلك حكمه اذا ورث القود ابنه عن غيره فمنع ما عرض من ذلك
استيفاءه كما منع ابتداء وجوبه ثم المراد من عصمة المحل ان تكون الحرمة ثابتة للمحل بما يستحق
منع الغير عن التعرض له قوله والقتل بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة هذا جواب عما قال
الخصم الكفر مبيح فيورث الشبهة يعني ان كفر الكافر مبيح للقتل فيورث كفر الذمي شبهة
اباحة القتل فلا يجب القصاص بالشبهة على المسلم وان عصمة الذمي ثابتة بالامان فاجابه
وقال لا نسلم ان الشبهة ثابتة بل الشبهة منتفية بدليل ان القصاص يجب على الذمي بقتل
ذمي مثله فلو كانت الشبهة ثابتة لم يجب القصاص عليه قوله والمراد بما روي الحربي
اي المراد بما روى الخصم وهو قوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الكافر الحربي
بدليل السياق وهو قوله عليه السلام ولا ذو عهد في عهده اي لا يقتل مؤمن ولا ذمي بكافر
حربي قوله والعطف للمغايرة ولنا في هذا الكلام نظر لانا نقول نعم العطف للمغايرة
ولكن لم يعطفه قوله ولا ذو عهد على كافر لانه لو عطفه عليه لعطف بالجر بل هو عطف
على مؤمن ولكن نقول ان الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم ان المراد من الكافر
الحربي لا الذمي فافهم قوله قال ولا يقتل المسلم بالمستأمن اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان المستأمن ليس بمحقون الدم على التأبيد الا ان المدة اذا مضت اخرجناه ومكنه
من المقام بعد ذلك واذا وصل الى مأمنه صار مباح الدم والمسلم محقون الدم على التأبيد
والمعتبر في وجوب القصاص التساوي في حقن الدم ولم يوجد ولان كفر الحربي باعث
على الحراب وانما تركنا الحراب زمانا لمصلحة القصاص وكان مبيح الدم وهو الحراب قائما
في حقه فلم يكن محله حراما محضا فلا يستحق سببا لوجوب القصاص ولذلك الذمي لا يقتل

بالمستأمن ايضا لعدم التساوي في حقن الدم ولقوله عليه السلام لا يقتل مؤمن بكافر
ولا ذو عهد في عهده قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره وروى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف
ان المسلم يقتل بالحربي المستأمن وشبهه بالذمي لاجل الامان قوله ويقتل المستأمن
بالمستأمن ذكرها على سبيل التفريع وهي من مسائل المبسوط وفيه قياس واستحسان اما
القياس فانه يقتل به لمساواة بينهما واما الاستحسان فانه لا يقتل به لما قلنا من قيام
دليل الاباحة ذكر القياس والاستحسان شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي قوله ويقتل
الرجل بالمرأة والكبير بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وهذا لفظ القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية وبناقص الاطراف والمجنون قال في شرح الاقطع وهذا اجماع الا
ما روي عن علي انه قال في الرجل اذا قتل المرأة ان اولياءها بالخيار ان شاؤوا اخذوا
ديتها وان شاؤوا اعطوا القاتل نصف ديته وقتلوه قال وهذا لا يصح لان الفعل الواحد
لا يتعلق به قصاص وغرم في النفس الواحدة كما لا يجب بالفعل الواحد مهر وحد ولان
اختلافهما كاختلاف الاعمى والبصير والصحيح والزمن وذلك لا يمنع القصاص بان يقتل
الكامل بالناقص بالاتفاق كذلك هذا الى هنا ذكر القدوري في شرحه قال الكرخي في
مختصره ونقصان الجوارح والمعاني لا يمنع التكافؤ في النفس وتفسير ذلك ان صحيحا سليم
الجوارح عاقلا لو قتل مريضا او مغمى عليه او مبرسما او مفلوجا او اعمى او مقطوع الجوارح او اشل
او صبيا او مجنونا انه يقتل به ولا اعلم في هذا خلافا بين اهل العلم وان هذا كله لا يمنع التكافؤ
في النفس الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان التكافؤ معتبر في محل القصاص ومحل
القصاص الروح فاذا تساويا في حقن الدم وجب القصاص وان اختلفا في غير ذلك ولذلك
لم يجب القصاص بين الاطراف المختلفة لان التساوي في محل القصاص لم يوجد وقد دل
على هذه الجملة قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى والحر بالحر بلا
فصل وقوله تعالى والعبد بالعبد بلا فصل كذا ذكر القدوري في شرحه وقال في الكافي
في تفسير قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى
قال مالك والشافعي رحمه الله لا يقتل الذكر بالانثى وهذه الرواية مخالفة لرواية عامة
كتب الفقه لان اصحابنا احتجوا على مالك والشافعي في مسألة قتل الحر بالعبد وقالوا
لا بد له من تخصيص الحر بالحر والعبد بالعبد على ان الحر لا يقتل بالعبد ولهذا تقتل الانثى بالذكر
والذكر بالانثى والعبد بالحر مع وجود هذا التخصيص وقد مر بيان ذلك عند قوله
ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد وقال ابن الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع ويقتل
الرجل بالمرأة والمرأة بالرجل وقال في وجيز الشافعية فضيلة الذكورة لا تعتبر وتقتل المرأة
بالمرأة قوله قال ولا يقتل الرجل بابنه اي قال القدوري في مختصره وهو مذهب

الشافعي رحمه الله واحمد بن حنبل وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع ويقتل الابوان
بولدهما اذا ذبحاه او شقا جوفه او فعلا معه ما ينفي الشبهة معه وقال الكرخي في مختصره
واصحابنا انه لا يقتل والد بولده وان سفل ولا جد من قبل الرجال ولا من قبل النساء
وان علا بولد الولد وان سفل ولا والدة بولدها ولا جدة من قبل الاب ولا من قبل
الام علت او سفلت وقتل الولد بالوالد اجماع الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال محمد
في كتاب الآثار من قتل ابنه عمدا لم يقتل به ولكن الدية عليه في ماله في ثلاث يؤدي في
كل سنة الثلث من الدية ولا يرث من الدية ولا من مال ابنه شيئا ويرثه اقرب الناس
من الابن بعد الاب ولا يحجب الاب عن الميراث احدا وهو في ذلك بمنزلة الميت وهو
قول ابي حنيفة الى هنا لفظ كتاب الآثار وقال القدوري في شرحه وقال مالك اذا حذف
الاب الابن بالسيف فلا قود عليه وان ذبحه فعليه القود لنا ما روي عن عمر رضي الله عنه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يقاد والد بولده ولانه في حكم الجزء منه
والانسان لا يثبت عليه القصاص باجزائه ولانه انما اوجب عليه القصاص اذا قتله
ذبحا وجب عليه اذا قتله حذفا كالاجنبي وفرق مالك بينهما بان الحذف يقصد به
التأديب وليس بصحيح لان التأديب لا يكون بالسيف ولان عندنا ضرب الاب ابنه
على وجه التأديب بشرط وقوله لا يقاد من اقاد فلان اقادة اي قتله به قصاصا
وهو القود اي القصاص قوله ان يستحق له افناؤه اي للولد افناء الوالد قوله
والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه في القصاص فيسقط قوله لما بينا اشارة
الى قوله ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه قوله ويقتل الولد
بالوالد لعدم المسقط وهو كون المقتول في حكم الجزء من القاتل فاذا لم يكن المقتول
في حكم الجزء ثبت القصاص على الولد به قوله قال ولا يقتل الرجل بعبده ولا مدبره
ولا مكاتبه ولا بعبد ولده اي قال القدوري في مختصره وذلك لان القصاص لو ثبت
بقتل العبد لثبت للمولى لانه المستحق لحقوق عبده والمولى لا يجوز ان يثبت له قصاص
على نفسه ولانه ماله واتلاف الانسان ماله لا يتعلق به ضمان واذا لم يكن الدم
مضمونا عليه لم يتعلق به قصاص واما المدبر والمكاتب فملكه باق فيه فصار كالعبد
واما عبد ولده اذا قتله لا يجب عليه القصاص لانه لو وجب لولده عليه فلا يستحق
الولد على الاب قصاصا لما مر وكذا لا يقتل بعبد يملك القاتل بعضه لان القصاص يسقط
في نصيبه فيسقط في باقيه كالدم اذا كان بين شريكين عفا احدهما قوله ولا ولده
عليه عطف على الضمير المستتر في لا يستوجب وانما جاز العطف للفصل كقوله سيصلى
نارا ذات لهب وامرأته اي لا يستوجب ولد الاب على الاب قصاصا اذا قتل الاب

عبد ولده **قوله** قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط اي قال القدوري في مختصره
وذلك مثل ان يقتل الرجل ام ابنه او زوجة ابنه لانه لو وجب القصاص لوجب للابن
على الاب فلا يستوجب الابن على الاب قصاصا فلهذا سقط القصاص وكذلك لو قتل
الرجل ام امراته ثم ماتت المراة وتركت ابنا لها من القاتل لا يجب القصاص عليه لانه يرثه
بزواته الابن **قوله** قال ولا يستوفى القصاص الا بالسيف اي قال القدوري في مختصره
وهذا مذهبنا وقال مالك ومن جرح رجلا ثم قتله قتل ولم يجرح الا ان يكون مثل به
فيجرح ثم يقتل كذا في كتاب التفريع وقال الشافعي من قتل بالقطع او بالاحراق او بالغرق
او بالتجويع قتل بمثله الا ان يقتل باللواطة او اسجار الخمر فيقتل بالسيف كذا في وجيزهم
ثم قال فيه ولو جوع الجاني والقاه في النار مثل تلك المدة او ضربه بالسياط مثل تلك
الضربات فلم يمت فيزيد في الضرب والتجويع ام يعدل الى السيف فيه وجهان وقال احمد
بن حنبل واذا قطع يديه ورجليه ثم عاد فضرب عنقه قبل ان يندمل جراحه يقتل ولا يقطع
يداه ولا رجلاه في احدى الروايتين وفي الرواية الاخرى قال انه لا صلا ان يفعل به
كما فعل كذا ذكر الخرقي في لهم ما روي في السنن وغيره مسندا الى انس رضي الله عنه ان جارية
وجدت قد رضخ راسها بين حجرين فقيل لها من فعل بك هذا افلان افلان حتى سمي
اليهودي فاومت براسها فاخذ اليهودي فاعترف فامر رسول الله صلى الله عليه وسلم
ان يرض راسه بالحجارة واستدلوا بهذا الحديث فقالوا يقتل القاتل بما قتل به ولنا
ما روى الطحاوي في شرح الآثار وقال حدثنا ابرهيم بن مرزوق قال حدثنا ابو عاصم
قال حدثنا سفيان الثوري عن جابر عن ابي عازب عن النعمان قال قال رسول الله
صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف اي لا قود يستوفى الا بالسيف فدل ان القصاص بغير
السيف لا يجوز والقود هو القصاص الذي هو جزاء القتل العمد وكل قود قصاص وكل
قصاص ليس بقود لان القصاص في الاطراف والجروح لا يسمى قودا والجواب عن حديث
الخصم ما قال الطحاوي في شرح الآثار ان هذا الحديث لا يدل على ما ذهبوا اليه لانه يحتمل
ان يكون النبي صلى الله عليه وسلم انما امر بذلك لانه قتل على مال وقد بين ذلك فيما حدثنا
ابن ابي داود قال حدثنا عبد العزيز بن عبد الله الاويسي قال حدثني ابرهيم بن سعد
عن شعبة عن هشام بن زيد عن انس بن مالك قال عدا يهودي في عهد رسول الله
صلى الله عليه وسلم على جارية فاخذ اوضاحا كانت عليها ورضخ راسها فاتى بها اهلها رسول الله
صلى الله عليه وسلم وهي في آخر رمق وقد اصمتت فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتلك
فلان لغير الذي قتلها فاشارت براسها اي لا قال لرجل آخر غير الذي قتلها فاشارت براسها
اي لا قال ففلان لقاتلها فاشارت اي نعم فامر به رسول الله صلى الله عليه وسلم فرض راسه

بين

بين حجرين فانه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل دم اليهودي كدم قاطع الطريق
فكان ان يقتله كيف شاء بسيف او غيره لك والمثلة حينئذ كانت مباحة كما فعل بالعرنيين فانه
حدثنا يونس قال اخبرنا ابن وهب قال اخبرني جرير بن حازم عن ايوب عن ابي قلابة عن انس
ابن مالك قال اخبرنا ابن وهب قال قدم ثمانية رهط من عكل فاستوخموا المدينة فبعثهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم الى ذود له فشربوا من البانها فلما صحوا ارتدوا عن الاسلام وقتلوا
راعي الابل وساقوا الابل فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم في آثارهم فاخذوا فقطع ايديهم وارجلهم
وسمل اعينهم وتركهم حتى ماتوا وقال الطحاوي ايضا حدثنا ابو امية قال حدثنا قبيصة عن سفيان
عن ايوب عن ابي قلابة عن انس ابن مالك انما جزاء الذين يحاربون الله ورسوله قال هم
من عكل قطع النبي صلى الله عليه وسلم ايديهم وارجلهم وسمل اعينهم قال ابو جعفر الطحاوي فعل
رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهودي كما فعل كما فعل بالعرنيين لان المثلة كانت مباحة
في ذلك الوقت ثم نسخت بعد ذلك فاحتمل قتل اليهودي هذا الوجه فلما احتمل الخبر هذا
الوجه لم يجز ان يستدل به الا بدلالة وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في قتل
اليهودي خلاف قال الطحاوي حدثنا ابن ابي داود واحمد بن داود قال حدثنا ابو يعلى
محمد بن الصلت قال حدثنا ابو صفوان محمد بن سعيد بن عبد الملك بن مروان عن ابن جريج
عن معمر عن ايوب عن ابي قلابة عن انس بن مالك ان رجلا من اليهود رضخ راس جارية
على حليها فامر به النبي صلى الله عليه وسلم ان يرجم حتى قتل قال ففي الحديث ان النبي صلى
الله عليه وسلم كان قد ترك لذلك اليهودي حتى قتله الجارية فثبت بذلك ان ما تقدم
من الخبر برضخه راسه هو على جهة الرجم كان لا لانه الرجم قد يصيب به الراس وغير
الراس فعله بغير ما كان فعل به الجارية فدل ان ما فعل كان لا بوصلهم ليصح نسخ
المثلة قال الطحاوي حدثنا ابي داود حدثنا عمرو بن عون اخبرنا هشيم عن منصور عن
الحسن عن عمران بن حصين قال كان النبي صلى الله عليه وسلم يخطبنا فيامرنا بالصدقة
وينهانا عن المثلة وقال باسناده الى سمرة بن جندب قال ما خطبنا رسول الله
صلى الله عليه وسلم خطبة الا امرنا فيها بالصدقة ونهانا عن المثلة وباسناده الى المغيرة
بن شعبة قال نهى النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المثلة قال فثبت بهذه الآثار نسخ المثلة
بعد ان كانت مباحة على ما رويناه في حديث العرنيين وقد صح في السنن عن رسول الله
صلى الله عليه وسلم انه قال لا يعذب بالنار الا رب النار رواه ابو هريرة وحمزة الاسلمي
فان قيل يرد عليكم وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به قيل له ليس هذه الآية بواردة
هذا المعنى انما يراد بها ما رواه ابن عباس قال الطحاوي حدثنا فهد حدثنا يحيى بن عبد
الحميد حدثنا قيس ابن ابي ليلى عن الحكم عن مقسم عن ابن عباس قال لما قتل حمزة ومثل به

قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لئن ظفرت بهم لأمثلن بسبعين رجلا منهم فأنزل الله
عز وجل وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم بل نصبر فلما نزلت الآية في هذا المعنى لا في المعنى الذي ذكر
الخصم وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال لا قود إلا بالسيف دل أن القود
لا يكون إلا بالسيف فإن قلت قال الله تعالى فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم قلنا المراد
منه المماثلة في المتلف لا في الآلة لأن ما يقوله الخصم يؤدي إلى الإيجاب أكثر من المثل
لأنهم يقولون إذا ضربه بخشبة فمات يضرب به فإن مات وإلا قتل بالسيف وهذا زيادة
على ما فعل الجاني لا محالة ولأن قولهم ينتقض بما إذا لاط فقتله أو إذا وطئ صغيرة فقتلها
أو أوجر خمرا فقتله حيث لا يفعل بالجاني ما فعل وعليه إجماع الأمة فإن قلت كيف
يصح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود إلا بالسيف على أن القصاص لا يستوفى إلا بالسيف
لأنه يحتمل أن معناه لا قود يجب إلا بالسيف قلت ظاهر الحديث يدل على أن المراد منه
نفي الاستيفاء لأن القود عبارة عن جزاء القتل العمد قصاصا فمعنى قوله لا قود إلا بالسيف أي
لا جزاء القتل العمد إلا بالسيف والجزاء بالسيف هو الاستيفاء لا وجوب القصاص نعم إنه
يحتمل المعنى الآخر ثم هذا الحديث حجة لأبي حنيفة على من خالفه سواء أريد منه نفي الاستيفاء
أو نفي الوجوب بيانه أن القود له طرفان طرف الوجوب وطرف الاستيفاء فعلى الأول
معناه لا قود يجب إلا بالسيف وعلى الثاني لا قود يستوفى إلا بالسيف فإن أريد به
نفي الوجوب كان لنا حجة على الشافعي رحمه الله في مسألة الموالاة وعن أبي يوسف ومحمد في
القتل بالمثقل لأنه قتل بغير السيف فينبغي أن لا يجب عليه القصاص بموجب الحديث وهما
يقولان بخلاف ذلك وإن أريد به نفي الاستيفاء إلا بالسيف كان حجة لنا أيضا على الشافعي
رحمه الله لأنه يستوفي القصاص بما فعل به القاتل وكان حجة عليهما أيضا لأنه لما لم يستوف
إلا بالسيف لا يجب إلا به لأن المماثلة شرط ضمان العدوان ما أمكن والقتل بالسيف لا يماثل
القتل بالمثقل لأن القتل بالسيف يحصل نقض البنية صورة ومعنى والمثقل ليس ينقضها
صورة بل ينقضها معنى فكان قاصرا فلم يثبت حكم القصاص به لأنه يندرئ بالشبهات
قوله كما في كسر العظام يعني إذا كسر عظم إنسان عمدا سوى السن لا يقتص منه لاحتمال
استيفاء الزيادة فلهذا هنا قوله وإذا قتل المكاتب عمدا وليس له وارث إلا المولى
وترك وفاء فله القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب
عن أبي حنيفة في رجل كاتب عبده فقتله رجل عمدا قال إن كان المكاتب ترك وفاء بمكاتبته
وله ورثة أحرار فلم يكن على القاتل قصاص وإن لم يكن له وارث غير المولى فللمولى القصاص
وهذا عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال محمد لا أرى فيه قصاصا وإن كان المكاتب ترك وفاء

بمكاتبته وله ورثة أحرار فللمولى أن يقتل القاتل في قولهم جميعا إلى هنا أصل لفظ الجامع
الصغير وقال القدوري في مختصره وإذا قتل المكاتب عمدا ولا وارث له إلا المولى فله
القصاص وإن ترك وفاء وورثته غير المولى فلا قصاص لهم وإن اجتمعوا مع المولى إلى هنا
لفظ المختصر وقال الكرخي في مختصره وإن كان المقتول مكاتبا لم يترك وفاء كان للمولى القصاص
في قول أصحابنا جميعا وإن ترك وفاء وكان وارثه غير المولى فلا قصاص في قولهم جميعا واختلفت
الرواية في قول أبي حنيفة وأبي يوسف إذا كان المولى وارثا فقال في الجامع عنهما للمولى أيضا
القصاص وقال بشر عن أبي يوسف في كتاب البيوع أنه لا قصاص للمولى مثل قول محمد
وقال أبو يوسف وإن اجتمع الورثة والمولى على القصاص فلا قصاص إلى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله أما إذا قتل ولم يترك وفاء فللمولى القصاص في قولهم لأن الجراحة وقعت والولاية
للمولى وحصل الموت وهو المستحق لأن الكتابة بطلت بموته عاجزا وعاد إلى الرق وإذا ثبت
له الاستحقاق في الحالين كان له القصاص كما في العبد القن لقوله تعالى ومن قتل مظلوما
فقد جعلنا لوليه سلطانا قال القدوري في شرحه وليس هذا كالعبد المعتق بعضه إذا
مات عاجزا لأنه ذكر في المنتقى عن أبي حنيفة أن لا قصاص لأن عجز المكاتب ينفسخ به الكتابة
فكأنها لم تكن وموت العبد لا ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه بالولاء وفي بعضه
بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين وأما إذا ترك وفاء وورثته غير المولى
فلا قصاص في قولهم لأن الجراحة وقعت والمستحق المولى لبقاء الرق وحصل الموت والمستحق
إذا ترك وفاء ووارثه غير المولى فلما تغير المستحق صار ذلك شبهة في سقوط القصاص
كعبد خرج فباعه مولاه فمات في يد المشتري لم يثبت القصاص للمشتري لأنه لم يكن له
حق عند الجراحة ولأن الصحابة رضي الله عنهم قد اختلفوا في المكاتب إذا ترك وفاء
فمات الكتابة في قول زيد بن ثابت مات عبدا وفي قول علي وابن مسعود تؤدى
كتابته ويحكم بعتقه قبل موته بلا فصل فلو اعتبر قول زيد كان حق القصاص للمولى
ولو اعتبر قول علي وابن مسعود كان حق القصاص للورثة فاختلاف الصحابة أورث
شبهة في القصاص وأما إذا ترك وفاء ولم يترك وارثا سوى المولى ففيه اختلاف قال
في الجامع الصغير أن للمولى القصاص عند أبي حنيفة وأبي يوسف وقال بشر عن أبي يوسف
في كتاب البيوع لا قصاص للمولى وهو قول محمد وذكر في شرح الأقطع قول زفر كقول
محمد وجه قول أبي حنيفة وقول أبي يوسف في المشهور أنه لا اشتباه في ولي القصاص
لأنه هو المولى في الحالين لأن حق القصاص له وقت الجراحة لبقاء الرق وحق القصاص له أيضا
وقت الموت بحكم الولاء والمستحق في الحالين إذا كان واحدا وجب له القصاص لعدم
اشتباه الولي لمولى العبد ووجه قول محمد وهو طريق الاستحسان كذا قال الفقيه أبو الليث

هذا اذا ادرك معتوها واما اذا ادرك عاقلا ثم لحقه العته ففي قول زفر لا ولاية للوصي في ماله ولا في نفسه وفي قول ابي يوسف حكمه وحكم الذي ادرك معتوها سوا
قوله لانه من الولاية على النفس اي لان استيفا القصاص قوله فيليه كالنكاح قال بعض الشارحين في هذا الموضع كل من ملك الانكاح لا يملك استيفا القصاص فان الاخ يملك الانكاح ولا يملك استيفا القصاص فاقول هذا ليس بشي لان الاخ يملك استيفا القصاص اذا لم يكن ثمه من هو اقرب منه كالاب والابن وكذلك اذا لم يكن ثمه وليا اقرب منه فاذا كان ثمه اقرب منه فلا يملك الانكاح ايضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرايض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سوا حتى الزوج والزوجة وبه صرح الكرخي في مختصره
قوله وله ان يصالح اي وللاب ان يصالح القاتل على مال عن قصاص وجب عليه قال بعضهم في شرحه هذا اذا صالح على مثل الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل وجب كمال الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح الاب المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله ان يصالح من غير قيد بمقدار الدية فينبغي ان يجوز الصلح عن اقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفا القصاص فالصلح اولى والنفع يحصل في القليل والكثير الا ترى ان الكرخي قال في مختصره واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس او فيما دونها فصالح صاحب الحق من ذلك على مال فذلك جايز قليلا كان المال او كثيرا كان ذلك دون دية النفس او ارش الجراحة او اكثر وهو حال في مال الجاني ولا يكون ذلك على العاقلة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
قوله وهذا من قبيله اي القصاص من قبيل الولاية على النفس وليس للوصي ذلك قوله تحت هذا الاطلاق اراد به قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك
قوله فينزل منزلة الاستيفاء اي ينزل الصلح على مال عن النفس منزلة استيفا القصاص لكونه تصرفا في النفس وليس للوصي استيفا القصاص فكذلك لا يكون له الصلح عنه هذه رواية كتاب الصلح قوله ووجه المذكور هنا اي في الجامع الصغير قوله لما فيه من الابطال اي في العفو عن القصاص ابطال حق المعتوه اصلا قوله فهو اولى اي الوصي اولى بان لا يعفو عن القصاص من الاب قوله قال ومن قتل وله اوليا صغار وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك الصغار اي قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الكبير لهم ذلك حتى يدرك الصغار في رجل قتل عمدا وله اوليا صغار وكبار هل للكبار ان يقتلوه قبل ان يكبر الاصاغر فقال نعم وقال ابو يوسف ليس لهم ان يقتلوه حتى يكبر الاصاغر الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذكر الشيخ ابو جعفر الطحاوي والشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصريهما قول محمد مع ابي يوسف

قال

70

قال الطحاوي ومن قتل عمدا وله اوليا بعضهم حاضرون وبعضهم غايبون لم تقتل يعني حتى يحضروا جميعا ومن قتل وله ابنان احدهما كبير والاخر صغير فان ابا حنيفة قال للكبير ان تقتل قبل ان يكبر الصغير وقال ابو يوسف ومحمد ليس له ذلك حتى يكبر الصغير الى هنا لفظ الطحاوي وقال الكرخي قال ابو حنيفة اذا قتل الرجل وله ولد صغار وكبار فللاكابر من ولده ان يقتلوه قبل بلوغ الصغار واحتج بان قاتل علي رضي الله عنه قتله الحسن وفي ورثته علي صغار وقال ابو يوسف ومحمد ليس للكبار ان يقتصوا حتى يبلغ الصغار الى هنا لفظ الكرخي وقال القدوري في شرحه وكان ابو بكر الرازي يقول محمد مع ابي حنيفة وقال علا الدين العالم في طريقة الخلاف القصاص اذا كان بين صغير وكبير يتفرد الكبير بالاستيفاء وقال الباقون من اهل العلم لا ينفرد وجه قولهم ان القصاص حق مشترك بين الصغار والكبار فلا يجوز للكبار ان يستوفوا حق غيرهم كما اذا كان احد الورثة غايبا وكما اذا قتل عبد بين اثنين ليس لاحد الشريكين ان ينفرد بالقصاص وكما اذا قتل معتق الاثنين ومات ولياه ليس لاحدهما التفرد بالقصاص ولابي حنيفة قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا فالكبير هو الولي فله القتل بحكم الاية والمراد من السلطان هو القتل بدليل قوله تعالى فلا يسرف في القتل وروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه لما اماته ابن ملجم قال في وصيته اما انت يا حسن فان شيت ان تعفو عنه فاعف وان شيت ان تقتص فاقتص بضربة واحدة واياك والمثلة فلما مات علي قتله وفي ورثة علي صغار منهم العباس بن علي وكان له اربع سنين وذلك بمحضر الصحابة من غير نكير كذا في الاسرار وقال محمد بن سعد في كتاب الطبقات الكبير والعباس ابن علي يومئذ صغير فلم يستان به بلوغه ولان ملك القصاص ثابت للكبير على سبيل الكمال فوجب ان ينفرد بالاستيفا قياسا على القصاص الواجب على رجل اذا قتل شخصين لكل واحد منهما ولي على حدة حيث يثبت لكل واحد منهما ملك القصاص على سبيل الكمال ينفرد بالاستيفاء وانما قلنا او بيان ثبوت ملك القصاص ايضا ثبت على سبيل الكمال كما ثبت على سبيل الكمال عند الانفراد والاجماع دال على ان الكبير يملك القصاص لانه يملك العفو والاعتياض فلو لم يملك القصاص لم يملك ذلك لانه مبني على ملك القصاص ولانه لو انتظر بلوغ الصغار فاما ان ينتظر الاستيفا او لتوهم العفو في ثاني الحال لانه لو وجب التاخير لهذا المعنى لكان لا يجب القصاص بوجه من الوجوه لان كل قصاص يجب فانه يتوهم العفو في ثاني الحال ومع هذا لا يوخر فكذلك هاهنا وليس بمنزلة ما عسى بعض الورثة لان هناك يتوهم العفو من الغايب في الحال واما هاهنا فلا يوجد هذا المعنى والجواب عن مسيلة المولسين قالوا انه لا رواية في هذا فيمنع ونقول له لا نسلم ان لا ينفرد احدهما بالاستيفاء ولين سلمنا فنقول ان احد

المولين انما لم يتفرد بالاستيفاء لان السبب لم يكمل في حقه لان بعض الملك وبعض الولاء ليس
سبب اصلا فصار جميعا لشخص واحد سبب ملك قصاص واحد لشخص واحد بخلاف الزوابة
فانها سبب كامل للاستحقاق يويد ما قلنا من الفرق بين حق يثبت بحكم الملك وبين حق يثبت
بحكم النسب ان الامة المشتركة بين المولين لا يملك احدهما ان يتفرد بتزويجها بخلاف الاخت
حيث يزوجها احد الاخوين لان النسب هنالك متبعض وهنا لا والباقي يعلم في نسخ طريقة
الخلاف ان شا الله **قوله** قال ومن ضرب رجلا بمر بعله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه
بالعود فعليه الدية اي قال في الجامع الصغير ولم يفصل فان اصابه بحد الحديد فعليه القصاص
عندهم جميعا لوجود القتل على وجه الكمال وان اصابه بعرض الحديد بعله فقد يجب عليه
القصاص عند ابي حنيفة في ظاهر الرواية لوجود القتل على صفة الكمال نظرا الى الآلة لان الحديد
سلاح كله حده وعرضه في ذلك سوا وهو سلاح كله في العادة والشريعة في الدنيا والاخرة
قال وانزلنا الحديد فيه باس شديد ومنافع وقال تعالى ولهم مقامع من حديد وروى الطحاوي
انه يعتبر الجرح ان قتله جرحا باي آلة كانت حديدا ولم يكن تعد الة تقصد بها القتل عادة
لوجود القتل من كل وجه بتخريب الجياة ظاهرا وباطنا بصفة التعمد وان قتله دقا لا قصاص
عليه سوا كانت الآلة حديدا او لم تكن لعدم افساد الظاهر فلم يكن القتل حاصلا بصفة الكمال
قال الصدر والشهيد ومنحات الميزان على اختلاف الروايتين ايضا قال والاصح عنده الجرح
اي عند ابي حنيفة وان اصابه العود فعليه الدية ولا قصاص عليه لانه ليس بسلاح ولكنه ان
كان يعطي لا يلبث كان كالسيف عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة هو كالسوط والمسيلة
موزونة احجامان لا يسبب لعمل عمل السيف وزياده فوجب ان يلحق به واحتج ابو حنيفة بان هذا
قتل يمكن فيه شبهة الخطا فلا يجب به القود كالقتل بالسوط الصغير لان الآلة غير موضوعة
للقتل ولانه يوثر في الباطن دون الظاهر بتصير عند المقابلة بما له اثر فيهما ناقصا
كالقطر الذي يوثر في الباطن دون الظاهر انه لا يعدل ما يوثر فيهما فكذلك هنا
قوله وعنه اما عليه اذا جرح وهو رواية الطحاوي **قوله** على ما سنه في هذه الحواله
نظر **قوله** قيل هو بمنزلة العصا الكبيرة اي عود المراد كان لا يلبث بمنزلة العصا
الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل كدقه القصار بين وحجر الرحا لا يجب القصاص عند ابي حنيفة
ولكن يجب الدية في ماله في ثلاث سنين لانه عمد وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي رحمهم الله
يجب القصاص لانه قتل عمد فوجب القصاص لقوله عليه السلام العمد قود **قوله** وقيل
هو بمنزلة السوط يعني اذا كان العود مما يلبث **قوله** وهي مسيلة الموالاة اذا والى
الضربات بالسوط والعصا الصغيرة لا يجب به القصاص وقال الشافعي رحمه الله يجب
القصاص اذا والى الضربات على وجه لا يحتمله النفس عادة لانه دلالة التعمد الى القتل

ولنا انه لا يصلح دلالة التعمد الى القتل لانه قد يشرع حدا وتعزيرا في مواضع لا يكون
القتل مشروعا ولان احتمال حصول القتل دلالة القصد بالضربة الاولى والثانية قائم
لانه من المحتمل اصابه المقتل فافضى الى فوات الحياة فلا يدل على صفة العمدية لان الضربة
والضربتين يراد بهما التاديب غالبا لا القتل ويحتمل ان القتل حصل بالموالاة بكل الضربات
فيكون القتل بصفة العمدية فمكن هذا الاحتمال يوجب تمكن الخلل في العمدية فلا يجب القصاص
لان الشبهة دارية للقصاص والدليل عليه الحديث الا ان قتيل خطا العمد قتيل السوط
والعصا ولم يفصل بين الموالاة وغيرها ولان الغالب هو القتل بالموالات فيحمل عليه **قوله**
ومعناه اصاب المقتل اي يحمل اول الفعل وهو الضربة اصاب المقتل فافضى الى المقتل
فلا يدل ذلك على العمد فلا يجب القصاص لان الضربة لا يراد بها القتل بل التاديب **قوله**
ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عند ابي حنيفة وقال لا يقتص منه وهذه من مسايل
الجامع الصغير قال فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يغرق الصبي او الرجل في البحر
قال لا قصاص عليه وقال يعقوب ومحمد عليه القصاص وقول الشافعي كقولهما ولكن عند الشافعي
يقتص منه بالتغريق وعندهما يقتص بالسيف وقد مر ذلك عند قوله ولا يستوفى القصاص
الا بالسيف وجه قول الشافعي رحمه الله قوله عليه السلام من غرق غرقناه ومن حرق احرقناه
ووجه قولهما ان الما اذا كان بحيث لا يتخلص منه غالبا يكون كالقتل بالنار والحديد فيجب فيه
القصاص لكن بالسيف لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف وليس كذلك اذا كان مما يتخلص
منه لان ذلك لا يقصد به القتل فصار ذلك كالقتل بالعصا الصغير ولان الما الذي لا يتخلص
منه قاتل عادة فصار مثل هذا الما آلة للقتل واستعمال آلة القتل دليل العمدية ولا شك
في عصمة المحل لان كلامنا فيما اذا كان المقتول محقون الدم على التابيد وقد وجد فيجب القصاص
ولابي حنيفة انه قتل بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء فلا يجب فيه
القصاص لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف ولان الما لا يعمل في الظاهر وليس بآلة للقتل
فلم يكن في معنى السيف ولا يعذب بالما في الدار الآخرة الا بواسطة الحرارة المتناهية ليصير
بمنزلة النار قال الله تعالى يطوفون بينها وبين حميم آن وهو الذي انتهى حره فاما عينه
فطهور وغذا في الدنيا وكان ذلك مثل الحجر والخشب وما ليس بسلاح كالاخلاف بخلاف
النار فانها تعمل في الظاهر والباطن جميعا وهو العذاب الاكبر في دار العذاب في دار الآخرة
فكان فوق السيف فتعدي اليه حكم القصاص والجواب عن حديث الخصم قالوا انه غير مرفوع
الى النبي صلى الله عليه وسلم ولئن صح فهو محمول على السياسة بدليل اضافة التغريق الى النبي
صلى الله عليه وسلم حيث قال من غرق غرقناه ولم يقل من غرق غرق واذا لم يجب القصاص
بالتغريق يجب الدية المغلظة على العاقلة في ثلاث سنين لانه شبه العمد وقد مر حكم شبه العمد

قوله ولا مرا في العصمه يعني لا شك في عصمة المحل قوله وفيه و في كل خطأ ادني
من تمام الحديث قوله ولان القصاص يبنى على المماثلة يعني ان القصاص لما كان
يبنى على المماثلة في لغة العرب يقال قص اثره اي تبعه ويسمى الجلمان
مقصه لان احدهما يماثل الآخر لم يجب القصاص في التغريق لان القصاص بالسيف
وهو يعمل في الظاهر والباطن والتغريق لا يعمل في الظاهر وكذا لا يجب القصاص في
القتل بالمثقل لمدقه القصارين لانه لا مماثلة بين المدق الذي يعمل في الباطن
دون الظاهر وبين الحد بالسيف الذي يعمل في الظاهر والباطن جميعا قوله وقد
اومت اليه اضافته الى نفسه اي اشارت الى الحمل على السياسة اضافة النبي صلى الله عليه
وسلم فعل التغريق الى نفسه باسناده الفعل حيث قال غرقناه قوله واختلاف
الروايتين في الكفارة اي اختلاف الروايتين عن ابي حنيفة في شبه العمد في الكفارة روي
ان الكفارة تجب وهو الصحيح وروي انها لا تجب اما الدية في شبه العمد تجب على العاقلة
رواية واحدة قال في شرح الكافي وان كان خنق غير مرة وهو معروف بذلك
فعليه القتل بطريق السياسة كما جاء في الحديث ان يهوديا رضخ راس صبيه بين حجرين
فاخذ واعترف فامر النبي صلى الله عليه وسلم برضخ راسه لان عادته كانت ذلك
قوله قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان سبب وجوب القصاص سفك دم محقون على
التابيد عمدا وقد وجد ذلك ولم يوجد ما يبطل حكمه من العفو او الشبهه فيجب
القصاص لان الظاهر انه مات بذلك السبب لعدم تخلل البرء فاضيف الحكم الى
الظاهر قوله قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما
ظن انه مشرك فلا قود عليه والكفارة اي قال في الجامع الصغير اما عدم وجوب القصاص
فلانه رفع خطأ منه واما وجوب الكفارة لانه اراق دما معصوما بعصمة الاسلام
خطأ وفي الخطأ الكفارة بالنص وقال شيخ الاسلام يجب الدية ايضا ونقله عن السير
الكبير لانه خطأ وفي الخطأ الدية بالنص وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير
الدية انما تجب ام لا ثم قال الفقيه وهذا على وجهين ان رآه في صف المشركين فظن انه
مشرك لا تجب عليه الديه وتجب عليه الكفارة وان لم يكن في صف المشركين ولكن كانوا
مختلطين فظن انه مشرك فقتله فعليه الدية والكفارة ولا قصاص عليه اما اذا
كان في صف المشركين لا تجب على المسلم الدية لان المسلم مامور بقتل الكفار فالذي
وقف في صفهم فقد عرض نفسه للتلف الا ترى الى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه
انه قال ان الله تعالى بعثني بالسيف بين يدي الساعة وجعل رزقي تحت ظل رمحي

واجعل

واجعل الذل والصغار على من خالفني فمن تشبه بقوم فهو منهم والخبر ورد في امر القتال
فيه دليل ان الذي وقف في صف المشركين فقد تشبه بهم في حكم جواز القتل فهو منهم واذا
كان في الحكم منهم لا تجب الدية ولكن تجب الكفارة كرجل قتل مسلما اسلم في دار الحرب فعليه
الكفارة ولا دية عليه فكذلك هذا واما اذا كانوا مختلطين فانه تجب الدية لانه قتل
مسلما خطأ واذا قتل مسلما خطأ تجب الدية والكفارة لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ
فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله وروي في الخبر ان المسلمين قتلوا يوم احد
اليمان وهو ابو حذيفة ظنوا انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على المسلمين
بالدية فتصدق بها حذيفة ولم ياخذها قوله وكذا الدية بالنصب عطفا على قوله الكفارة
يعني يوجب قتل المسلم مسلما على ظن انه مشرك الدية ايضا كما يوجب الكفارة قوله على
ما نطق به الكتاب اي كتاب الله تعالى اشار به الى قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ فتحرير
رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله قوله على اليمان ابي حذيفة قال ابن شاهين في
كتاب المعجم حدثنا عبد الله بن محمد قال حدثني عمي عن ابي عبيد قال حذيفة بن حسل
بن جابر بن ربيعة بن عمرو بن اليماني وانما قيل حذيفة ابن اليماني لانه من ولد اليمان بن جروة
بن الحارث بن قطيعة بن عبس توفي حذيفة بالمداين سنة ست وثلاثين وقال في كتاب
الهداية والارشاد قال الواقدي حذيفة بن اليمان بن حسل بن جابر العبسي حليف بني عبد
الاشهل وابن اختهم ثم اعلم ان الياء قد يلحق باخر الاسم مشددة مكسورا ما قبلها للنسبة
كيمني وشامي وقد يزاد عوضا عن التشديد قبل الياء الالف كيمان وشام كذا في المفتاح
ثم ان كان اليمان ابو حذيفة منسوبا الى اليمن يجب ان يكون نونه مكسورا لانه حذف
منه يا النسبة وعوض منها الالف وبقي النون على حاله وان كان اسما موضوعا له هكذا
يجب ان يجري بوجوه الاعراب قوله قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته
حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع
الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته
حية فمات من ذلك قال الاسد والحية شيء واحد وعلى الاجنبي ثلث الدية وذلك لان
القتل حصل بثلاثة انواع من الفعل وهي جناية الاسد والحية وهي نوع واحد لكونه هدرا
في الدنيا والآخرة لانه لا يجب الضمان ولا الاثم بذلك وفعل نفسه وهو نوع آخر وهو
معتبر لكنه يهدر في الآخرة لانه ياثم بجنايته على نفسه وان لم يكن معتبرا في حق الضمان
للتنافي لان الانسان لا يصح ان يضمن نفسه لنفسه وقال ابو حنيفة ومحمد ان من قتل نفسه
يغسل ويصلى عليه وقال ابو يوسف ولا يصلى عليه كالباغي لانه باغ على نفسه ويأثم
بالاجماع فثبت ان جنايته على نفسه ليست بهدر مطلقا ومما يقولان انما يكون تمام القتل

بالموت وعند الموت هو ليس باهل للاضافة وفعل الاجنبي وهو نوع اخر لانه
معتبر في الدنيا والاخرة لانه يوجب الضمان والاثم جميعا فكان التلف حاصلا بثلاث
جنايات ثنتان هدر اصلا لما قلنا وثلثه الذي هو فعل نفسه لم يوجب الضمان ايضا
للثلث في حق التلف وهو فعل الاجنبي فوجب عليه ثلث الضمان وهو ثلث الدية
ولكن يجب في ماله لان فعله وقع عمدا والعاقلة لا تحمله **فصل** لما ذكر
المسايل التي يجب القتل بها شرع في فصل يشتمل على مسايل فيها عرضية وجوبا القصاص
يقال شهر سيفه اذا سله واطل دمه اي اهدره **قوله** قال ومن شهر على المسلمين
سيفا فعليهم ان يقتلوه اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل شهر على المسلمين سيفا قال على المسلمين
ان يقتلوه ولا شي عليهم وذلك لانه لما شهر عليهم السيف وقصد قتلهم صار باغيا
عليهم فكان كالباغي فبطلت عصمة دمه بالمحاربة قال الله تعالى فقاتلوا التي تبغي حتى
تفي الى امر الله حارب المسلمين الذي شهر عليهم السيف ان يقتلوه وفي قوله عليهم ان يقتلوه
اشارة الى انه يجب عليهم ان يقتلوه دفعا عن انفسهم لان دفع الشر واجب ويجوز لغيرهم
ان يعينوهم على ذلك حتى يدفعوا الشر عنهم لقوله عليه السلام انصر اخاك ظالما او مظلوما
يعني اذا كان ظالما تمنعه عن الظلم وان كان مظلوما تمنع الظلم عنه وباقي الكلام في هذا
الموضع مر في اخر كتاب السرقة **قوله** قال وان شهر المجنون على غيره سلاحا
فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله اي قال في الجامع الصغير قال الامام
علا الدين العالم في طريقة الخلاف الجمل او الصبي او المجنون اذا صال على انسان فقتله
المصول عليه يضمن وقال الشافعي رحمه الله لا يضمن واجمعوا ان الحواز او العداو
صيد الحرم اذا صال على انسان فقتله المصول عليه لا يضمن وروي عن ابي يوسف
انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب في الصبي والمجنون وقال الطحاوي في مختصره وقال
ابو يوسف رحمه الله استقبح في هذا ان اضمنه قيمته يعني في البعير اذا صال على انسان
وجه قول الشافعي الاعتبار بما ذكرنا في الاحكام ولان التلف اضيف الى فعل الدابة او
المجنون لان المصول عليه مسلوب الاختيار من جهة غيره فصار المصول عليه كالالة فصار
كالمكره مع المكره فان المكره متى صار مسلوب الاختيار من جهة المكره يضاف التلف
الى فعل المكره فكذلك المصول عليه مسلوب الاختيار من جهة الصايل لانه مضطر في
دفع الهلاك عن نفسه فصار كالالة وهذا معنى قوله لانه يشبه المكره والفرق لابي يوسف
ان فعل الدابة لا يعتبر حتى لو تحقق ذلك لا يجب الضمان لان جرح العجما جبار وفعل
الصبي او المجنون يعتبر بدليل وجوب الضمان اذا تحقق ذلك منهما ولان عصمتهما لانفسهما

لا لحق الغير وعصمة الدابة لحق المالك لا لنفسها فكان فعلهما مسقطا لعصمتهما دون فعل
الدابة ولنا انه اتلف شخصا معصوما بالعصمة الابدية كما في الصبي والمجنون يجب الضمان وفعل
الصبي لا يجب القصاص لانه مضطر في دفع الشر عن نفسه اذا اتلفهما لا معصوما حقا للمالك
كما في الدابة يجب الضمان وفعل الصبي والمجنون والدابة لا يسقط العصمة لعدم الاختيار الصحيح
ولا يشبه العاقل البالغ اذا صال بالسلاح يسقط عصمته لان له اختيارا صحيحا فان قلت ان
الحيوان الموذي لا يعتبر العصمة قلنا ايش تعني بذلك عصمة تثبت حقا له او عصمة تثبت حقا للغير
الذي لا يوجد منه الاذى الاول مسلم والثاني ممنوع بيانه ان عصمة الدابة تثبت حقا للمالك
والاذى وجد من الدابة لا من المالك فلا يوجب بطلان العصمة الثابتة حقا للمالك ولا
يرد عليه العبد الصايل لان عصمة دم العبد تثبت حقا له ولهذا ليس للمولى ان يبيح دمه قال
ابو بكر الرازي في كتاب اصل التي من شرح الطحاوي قال اصحابنا فيمن شهر عليه عبد رجل سلاحا
فقتله المشهور عليه انه لا ضمان عليه وفرقوا بينه وبين البعير والفرق بينهما من وجهين احدهما
ان حظر قتله لم يتعلق بالمولى الدليل على ذلك انه لو اباحه له لم يكن له قتله لان المولى لا يملك
ذلك منه فلا يجوز له ان يبيحه لغيره فلما لم تقع الاباحة من جهة لم يعتبر بقاء الحظر من
جهته في ايجاب ضمانه اذا فعل العبد ما اباح به دمه الا ترى ان الجراد اذا فعل مثل ذلك
اباح دمه كذلك العبد والوجه الاخر ان العبد ممن يملك اباحة دمه الا ترى انه لو
ارتد عن الاسلام قتل وكذلك لو قتل رجلا عمدا قتل فلما كان مالكا لاباحة دمه من جهة
الرجوع كان كذلك في حمله على غيره بالسلاح واما صيد الحرم فلان عصمته انما تثبت بالشرع
لحرمته او لحرمة الحرم موقتا الى غاية الاذى فاذا وجد الاذى من جهته لم يبق معصوما
بخلاف ما نحن فيه **قوله** قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الاخر فعلى
القاتل اي قال في الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير معنى هذا
انه شهر سيفه وضربه وتركه فلا يجوز للاخر ان يقتله اذا تركه فاذا قتله فقد قتله بغير
حق ولذا قتله بغير حق فعليه القصاص واما اذا كان حين شهر عليه السيف ضربه ولم يتركه
ولكنه يريد ان يضربه من اخرى فقتله الاخر فلا شي عليه وقوله يضربه اي الاول ثم قتله
الاخر اي المشهور عليه **قوله** قال ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج السرقة فاتبعه
وقتله فلا شي عليه اي قال في الجامع الصغير وذلك لان حرمة المال مثل حرمة النفس ومن
قصد نفسا معصومة بالقتل سقطت عصمته فكذا اذا قصد المال المعصوم سقطت عصمته
واصله ما روى الترمذي في جامعه باسناده الى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل عن النبي صلى الله
عليه وسلم قال من مات دون ماله فهو شهيد ومن سرق من الارض شبرا طوقه يوم القيمة
من سبع ارضين وباسناده الى سعيد ابن زيد ايضا قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم

يقول من قتل دون دينه فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون
ماله فهو شهيد ومن قتل دون اهله فهو شهيد وباسناده الى عبد الله ابن عمرو قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد وذكر
مسلم في كتاب الايمان من صحيحه باسناده الى عبد الله ابن عمرو عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
من قتل دون ماله فهو شهيد بيانه ان كل حجة متى كان القتيل فيها شهيدا كان قتله عمدا
لو كان هو القاتل الا ترى ان له ان يمنعه في الابتدا بالقتل وله ان يسترده في الانتها
بالقتل ايضا قالوا في شروح الجامع الصغير هذا لم يمكنه استرداد المال من يده الا
بالقتل فاما اذا علم انه لو صاح به يترك المال ويذهب فلم يفعل هكذا ولكن قتله
كان عليه القصاص لانه قتله بغير حق كالمالك اذا قتل الغاصب لانه يتمكن من استرداده
المال من يده بدون القتل كذا قال فخر الدين قاضي خان قوله دون ماله اي لاجل
ماله

باب القصاص فيما دون النفس

لما ذكر
القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دونها والاصل في ثبوت القصاص
فيما دون النفس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين
والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص اي العين لو لحق
تقتص بالعين الواحدة وكذلك ما بعدها قوله تعالى والجروح قصاص اي ذات قصاص
اي فيما يمكن حفظ المساواة فيه تحقيقا لمعنى القصاص وهذه الآية دليل على وجوب
القصاص فيما دون النفس وكذا قوله عليه السلام العمد قود وكذا ما روى البخاري
في جامعه باسناده الى انس بن مالك قال كسرت الربيع وهي عمة انس بن مالك ثنية
جارية من الانصار فطلب القوم القصاص فاتوا النبي صلى الله عليه وسلم فامر النبي
صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال انس ابن النضر عم انس ابن مالك لا والله لا تكسر
ثنيتها يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاب الله القصاص فرضي القوم
وقبلوا الارش فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو اقسم على الله لابره
واذا ثبت وجوب القصاص فيما دون النفس فالمماثلة معتبرة فيه لانه لجري مجرى
الاموال بدلالة انه يقع عمدا محضا لا شبهة فيه ومع هذا لا يجب القصاص لعدم المماثلة
كما اذا كسر عظم من ساعد او ضلع او ترقوة او ما اشبه ذلك ففيه حكومة عدل واذا
اجري مجرى الاموال اعتبرت المماثلة ولانهم اجمعوا ان الصحيحة لا تؤخذ بالشلا ولا بالناقصة
الاصابع لعدم المماثلة فيها واجمعوا ايضا ان اليمنى لا تؤخذ باليسرى ولا اليسرى باليمنى
ولا يؤخذ شي من الاعضا الا بمثله من القاطع الابهام بالابهام والسبابة بالسبابة والوسطى
بالوسطى والخنصر بالخنصر وكذلك الاسنان الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس

بالضرس

بالضرس ولا يوخذ الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى وكذلك الشجاج والجراحات
لا تقتص فيها يجب القصاص منه الا في موضع الشجة والجراحة من المشجوج والمجروح والاصل
فيه ان منافع الاطراف مختلفة لان اليمنى تخالف في منفعتها اليسرى والاصابع تخالف بعضها
بعضا في الانتفاع والاسنان تخالف بعضها بعضا الا ترى ان الثنايا للقطع والاضراس
للطحن فتفاوتت باختلاف منافعها كالجنسين المختلفين والمختلف الجنس لا يستحق عليه مثله من
جنسه فاما الشجاج فلان تاثيرها الشين الذي يحصل بها وذلك يختلف باختلاف مواضعها لان من
شجه في مقدم راسه لم يجز ان يشجه في موخره لانه يستوفي منه ليس بمثل حقه كذا ذكر
القدوري في شرحه قوله قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده اي قال
القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وان كانت يده اكبر من يد الآخر اي كانت يد
القاطع اكبر من يد المقطوع قال الكرخي في مختصره وكل عمد ابان جارحة من مفصل ففيه
القصاص وما كان من غير المفاصل فلا بد المقطوع قال الكرخي وكل مقطوع ابان جارحة
من مفاصل الاصبع ففيه القصاص وسوا كانت الجناية فيما دون النفس بسلاح او غير ذلك
سوا وفيه القصاص اذا اعتمد ذلك الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان المماثلة
ممكنة الا ترى انه يضع السكين في المفصل فيستوفي مثل ما استوفى القاطع بخلاف ما اذا
ابان من غير المفصل حيث لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفا المماثلة فيه لانه ليس هناك حد
ينتهي اليه القاطع وانما يستوي الجناية فيما دون النفس بسلاح وغيره لان ما دون النفس لا يثبت
فيه شبه العمد وانما هو عمد او خطا قال صاحب الهداية ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان
منفعة اليد وهي البطش لا تختلف بالصغر والكبر وهذا بخلاف ما اذا شج رجلا موضحة فاخذت
الشجة ما بين قرني المشجوج وهي لا تاخذ ما بين قرني الشاج حيث يخير المشجوج ان شا
اخذ ارش الموضحة وان شا اقتص بمقدار شجته لان المعتبر في ذلك بمقدار الشجة الاولى
طولا وعرضا لا يكون الشين في الشجة الثانية مثله في الاولى لان الشين في الثانية اقل
ولو استوفى اكثر من ذلك بحيث يستوعب ما بين قرني الشاج ويكون ذلك زيادة على قدر
حقه فلا تقع المماثلة في القصاص ولكن في رعاية المماثلة صورة باستيفا قدر حقه لا ينقص
حق المجني عليه معنى وكان مخيرا بخلاف يد الكبيرة والصغيرة فان منفعتها لا تختلف
قوله وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن اي قال القدوري يعني اذا قطع رجل
انسان عمدا من المفصل او مارن الانف وهو ما لان منه والاذن يجب فيه القصاص لان
المماثلة ممكنة وانما قيد بالمارن لانه اذا قطع قصبة الانف لا يجب القصاص لانها عظم
ولا قصاص في العظم سوى السن واما الاذن اذا قطع كلها ففيها القصاص لامكان المماثلة
لانها لا تنقبض ولا تنبسط وان قطع بعضها وللقطع حد يعرف امكنت المماثلة يجب القصاص

وان لم يكن يبرء سقط القصاص كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** قال ومن ضرب عين
رجل فقلعها لا قصاص عليه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كانت قايمة فذهب
ضوءها فعليه القصاص يحمى له المراة ويجعل علي وجهه قطن رطب ويقابل عينه بالمراة قال
الكرخي في مختصره ولا قصاص في العين اذا قورت او بخقت وانما فيها القصاص اذا كانت قايمة
وذهب ضوءها وهو قوله لم يختلفوا الي هنا لفظ الكرخي وذلك لانها اذا قورت او بخقت تعذرت
المماثلة لانا لو قورناها لم يكن هنالك حد لاستيفاء المماثلة واذا ذهب ضوءها لم يعمل الجاني
فصار كمن قطع اليد من نصف الساعد لا يجوز ان يقطع يده من الزند فاما اذا ذهب
ضوءها فان القصاص ممكن لانه يجعل علي وجهه القطن المبلول وتحمى المراة ويقرب من عينه
حتي يذهب ضوءها قال القدوري في شرحه روي ان علي ابن ابي طالب رضي الله عنه حكم بحضرة
الصحابة من غير خلاف فلان هذا حدث في زمان عثمان رضي الله عنه فسال عنه الصحابة
فلم يكن عندهم فيه شي حتي جا علي فقضى بذلك وعمل عليه عثمان رضي الله عنه **قوله** قال
وفي السن القصاص اي قال القدوري في مختصره اذا نزع سن رجل عمدا او كسر بعضها اقتص من
الجاني لامكان المماثلة الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس بالضرس والاعلي بالاعلي
والاسفل بالاسفل والاصل فيه قوله تعالي والسن بالسن وخبر الربيع وقد مر قوله
الناب ولا معتبر بكبر السن وهو القطع في الثنايا والطحن في الاضراس لاجل **قوله** قال
وكل شجة يمكن فيها المماثلة القصاص اي قال القدوري في مختصره وذلك لانه اذا امكن المماثلة
في القدر وفي شكل موضع الشجة وجب القصاص لقوله تعالي والجروح قصاص بخلاف ما اذا
لم يمكن المماثلة فانه لا يجب القصاص والموضحة يجب فيها القصاص لانه يمكن انهاء السكين الي العظم
قال الكرخي في مختصره والشجاج كلها لا قصاص فيها الا الموضحة والسمحاق ان امكن القصاص وهذه
رواية الحسن عن ابي حنيفة والسمحاق والدامية والباضعة وما فوق الموضحة وهي الهاشمة
والمنقلة والامة لا قصاص فيها عند احد من اهل العلم الي هنا لفظ الكرخي **قوله** لما ذكرنا
اشارة الي قوله تعالي والجروح قصاص وهو مبني علي المماثلة **قوله** قال ولا قصاص في عظم
الا في السن اي قال القدوري في مختصره اما السن فانما وجب القصاص فيها لما جنينا واما سائر
العظام فلم يجب القصاص لعدم امكان المماثلة لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه
يقدر المكسور ويبرد من سن الجاني بقدر ذلك بالمبرد قال القدوري في شرحه روي
عن ابن مسعود انه قال لا قصاص في عظم الا السن وعن عمر انه قال لا قصاص في عظم **قوله**
قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو عمد او خطا اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان شبه العمد في النفس انما يثبت بالنظر الي الآلة لان الآلة لم توضع للقتل فلم يجب
القصاص بل يجب الدية المغلظة نظرا الي التعمد وفيما دون النفس يستوي السلاح وغيره

السلاح

السلاح في اتلافه فاذا تعمد باي شي كان سلاحا كان او غير سلاح فابان من المفصل وجب القصاص
فاذا كانت الابانة من غير تعمد يجب الارش ولكن لا يجب القصاص فيما دون النفس حتي يبرأ
منه او يموت ولا يعجل بل يترقب خلافا للشافعي وقد عرف ذلك في الاسرار وعليه دل في العيون
ولو ان رجلا لوى ثوبا فضرب به راس انسان فشجه موضحة فانه عمد لانها دون النفس ولو مات
منه قال اظنه صار خطا يعني لا يجب القصاص **قوله** ولا قصاص بين الرجل والمراة
فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد ولا بين العبدين وهذا لفظ القدوري في شرحه
وعند الشافعي يجري القصاص في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد فانه لا يجري القصاص
علي الحر عنده ايضا لان الاطراف تابعة للانفس ولنا ان القصاص مبناه علي المساواة
ولا مساواة بين طرف الرجل والمراة لان يد المراة تصلح لنوع من المنافع لا تصلح له يد
الرجل فصارت كاليمين واليسار ولان ارش الاطراف مختلفة فصارت كالصحيح والاشل
ولذلك لا يجري القصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس للتفاوت في الارش لان وجوب
القصاص في الاطراف يعتبر فيه التساوي في الارش بدلالة ان الصحيح لا يقطع بالاشل و
الكامل الاصابع بالناقص الاصابع لاختلاف الارش وارش طرف الحر والعبد مختلف فلا
يجري القصاص بل يجب الارش وكذا لا يجري القصاص بين العبد والعبد في الاطراف
لانهم ان اختلفوا في القيم فوجوب القصاص في الاطراف يعتبر التساوي وان تساوت
قيمهم فذلك انما يعلم بالحزر والظن فالمماثلة الثابتة شرعا لا تثبت بالحزر والظن كالمماثلة
في الاموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل هذا الذي ذكرتموه صحيح في المنع من
قطع الصحيح بالاشل والحر بالعبد والذكر بالانثى وهلا اجزتم ان تقطع المراة بالرجل والعبد
بالحر كما يقطع الاشل بالصحيح قيل النقص علي ضربين نقص من طريق المشاهدة فيمنع من استيفاء
الكامل بالناقص ولا يمنع من استيفاء الناقص بالكامل كالشلل ونقص من طريق الحكم فيمنع من
استيفاء الناقص بالكامل كالشلل ونقص من طريق الحكم فيمنع من استيفاء كل واحد من الامرين
بالآخر كاليسار باليمين وما نحن فيه نقص من طريق الحكم **قوله** ان الاطراف يسلك بها
مسلك الاموال اي لكونها وقاية للنفس كالاموال **قوله** ويجب القصاص في الاطراف بين
المسلمين والكفار كذا ذكر القدوري في مختصره وذلك ان الكافر مساو في ارش الطرف
مع المسلم فصار كالحر بين المسلمين **قوله** قال ومن قطع يد رجل من نصف الساعد او جرحه
جايفة فبرا منها فلا قصاص عليه اي قال القدوري في مختصره وكذلك لو قطع رجل من نصف
الساق لا يجب القصاص بل يجب حكومة عدل وذلك لان القطع يقع في العظم ولا قصاص في
العظم لاستيفاء المماثلة لانه ليس له حد معلوم ينتهي القطع بخلاف السن وقد بيناه واما
الجايفة وهي التي تصل الي البطن من الصدر والظهر او البطن اذا برات لا يكون فيها القصاص

لان الجائفة المعصى بها نادر وهو اذا الهلاك فيه غالب فاذا انفت الى الهلاك غالبا
لا يمكن المماثلة بين الثانية والاولى لوجود البرء في الاولى دون الثانية فلا يجب القصاص
لانتفاء شرط القصاص بل تجب ثلث الدية ولا تكون الجائفة الا فيما يصل الى البطن ولا
يكون في الرقبة ولا في الحلق ولا في اليدين ولا في الرجلين فان كانت الجراحة من الاثنين
فالدبر فهي جائفة ذكره القدوري في شرحه قوله ولا ما بطنه اي في كسر العظم قوله
يعني التي في الى الهلاك اراد بالتي في القصاص في الجائفة قوله واذا كان يد المقطوع
صحيحة ويد القاطع شلا او ناقصة الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شا قطع اليد المعيبة
ولا شي له غيرها وان شا اخذ الارش كاملا اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن
الكرخي في مختصره وان كان العيب في جارحة الجاني والمجني عليه صحيح الجارحة فالمجني عليه بالخيار
ان شا اقتص وان شا اخذ ارش جارحته فان ذهب الجارحة المعيبة قبل ان يختار المجني
عليه اخذها بطل حق المجني عليه الاول الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك
لان حقه ثبت في عضو سليم مثل عضوه فاذا لم يقدر على استيفا المعيب صار كمن ابتلع على
رجل مالا له مثل وانقطع عن ايدي الناس فلم يسبق منه الا ما هو ناقص الصفة عن المتلف
فصاحب الحق بالخيار ان شا اخذ الموجود وان شا عدل الى القيمة لانه لم يقدر على
استيفا جنس حقه كما له فكذلك هذا ثم اذا اختار المقطوع قطع اليد الناقصة
فلا ارش له عندنا وقال القدوري في شرحه وقال الشافعي يقطعها وياخذ الارش لنا
ان حقه ثبت في مثل كامل فاذا استوفى ناقص الصفة لم يكن له ان يطالب بالنقصان
كالمتلف ما له مثل ولانه وضع السكين في الموضع الذي وضعها فيه القاطع الا انه يعيبه
فصاروهما بالنقصان كعيبها بالشلل وليس هذا كمن اتلف مكيلا فوجد مثل بعضه
ان يستوفي في الموجود وقيمة الباقي لان حق المستحق متعلق بالمتلف وبكل جزء منه
وفي مسئلتنا حق المقطوع في قطع اليد دون الاصابع الا ترى انه لو قال انا اقطع
الاصابع وابري من الكف لم يكن له ذلك فدل ان الاصابع ليست بعين حقه وانما هي
صفة فيه فهي كالجودة في المكيل والصحة في المقطوعة اما اذا ذهبت الجارحة المعيبة
قبل ان يختار المجني عليه اخذها فالكلام فيه على وجهين فان قطعت يده بحق عليه مثل
ان يقتص منها او يقطع في سرقة فعليه ارش اليد المقطوعة وان تلفت يده بغير حق
عليه سقط حق صاحب القصاص مثل ان يقطع رجلا ظلما او يتلف بآفة من السماء وقال
الشافعي يجب الارش في الوجهين لنا ان حق صاحب القصاص تعلق باليد وتعين فيها
بدلالة انه ليس له العدول الى الارش مع القدرة فاذا هلك ما تعلق حقه به سقط حقه
كالعبد الجاني اذا قتل او مات واما اذا قطعت يده في قصاص فقد قضي بها حقا عليه بما

تعلق

تعلق حقه به سقط حقه كالعبد الجاني بحق غيره كان مضمونا وكذلك الامام لما قضي عليه
بالقطع في السرقة فحكمه يتضمن نقل حق صاحب القصاص الى الارش الا ترى ان الامام
لا يحكم باسقاط حق الناس ولانها استوفيت بحق عليه فكانها استوفيت بالقصاص فاذا
ثبت هذا قلنا اذا كانت يد القاطع معيبة فتلفت قبل ان يختار المقطوع المال فحقه كان
متعلق بعينها وانما ثبت له حق العدول باختياره لاجل العيب فاذا لم يختر حتى تلفت فقد
هلك ما تعلق حقه به فصارت كالصحيحة اذا تلفت ولانها لانه كان مخيرا بين امرين فاذا
فات احدهما تعين الآخر لان حقه لم يثبت الا في اليد وكان له ان يعدل عن هذا الحق الى بدله
فاذا هلك لم يجز له المطالبة بالبدل عنه مع تلفه كذا في شرح مختصر الكرخي قوله قال
ومن شج رجلا اذا استوعبت الشجة ما بين قرنيه وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج
بالخيار ان شا اقتص بمقدار شجته يبتدي من اي الجانبين شا وان شا اخذ الارش اي قال
القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره فاذا شج الرجل شجة موضحة فاخذت ما بين قرني المشجوج
وهي لا تاخذ ما بين قرني الشاج قال المشجوج مخير فان شا اقتص له فيبتدي من اي الجانبين
شا حتى يبلغ مقدارها في طولها الى حيث يبلغ ثم يكف وان شا اخذ الارش واذا كانت الشجة
بين قرني المشجوج وهي تاخذ ما بين قرني الشاج وتفضل فانه مخير المشجوج ايضا فان شا
اخذ الارش وان شا اقتصصت له ما بين قرني الشاج لا ازيد على ذلك شيا اذا كانت
الشجة في طول راس المشجوج وهي تاخذ من جبهته الى قفاه لا تبلغ الى قفا الشاج فهو
بالخيار وان شا اقتصصت له مثل طولها الى حيث يبلغ وان شا اخذ الارش الى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله قال القدوري في شرحه وحكى الطحاوي عن علي بن العباس الرازي وهو
علي الرازي الكبير انه قال في هذه المسائل اذا كانت الشجة لا تستغرق ما بين قرني الشاج
لكبر راسه وقد استغرقت ما بين قرني المشجوج لصغر راسه اقتصصت له ما بين قرنيه وان
زاد على طول الشجة وجه قول اصحابنا ان الشجة يثبت حكمها للشين الذي يلحق بها ومعلوم ان
الشين يزيد بزيادة طولها وباستيفائها ما بين قرنين فاذا كان المشجوج صغير الراس
فاخذت الشجة ما بين قرنيه لم يجز ان يستوفي ما بين قرني الشاج وهو اكبر من ذلك
لان طول الشجة فيه زيادة شين فلم يكن بد من اثبات القصاص بقدرها ولصاحب القصاص
ان يبتدي من اي الجانبين شا لثبوت حقه فيهما وله ان ينتقل الى الارش لان هذه الشجة
لا تلحق بالشاج من الشين ما يلحق بالمشجوج لانها تبقى قطعة من جبهته فصارت كالعيب
في محل القصاص فان شا استوفاه بعيبه وان شا انتقل الى الارش واما اذا كان ما بين الشاج
اقل مما بين قرني المشجوج فلا يمكن ان يستوفي ما بين قرنيه لزيادة لان في ذلك زيادة
شين فكان المشجوج بالخيار ان شا اقتص على ما بين القرنين وان شا انتقل الى الارش

وجه ما قاله الرازي انه يستوفي بين العضوين وان كان احدهما اكبر من الآخر كاليد الكبيرة
بالصغيرة قال القدوري وهذا ليس بصحيح لان المقصود باليد المنفعة وقد يكون منفعة
اليد الصغيرة اكثر من منفعة الكبيرة والمقصود بالشجاج الشين ولزيادة الشجة تاثير
في زيادة الشين **قوله** ما بين قرنيه وقرنا الراس جانباه **قوله** وفي عكسه اي فيما
اذا كان راس المشجوج اكبر من راس الشاج **قوله** للتعدي بين ارش الموضحة ومتى
الاقتصاص بالشجة لا يختلف **قوله** ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه الا ان يقطع حشفته يعني يجب القصاص في قطع الحشفة هذا الذي
ذكره القدوري رواية الاصل وقال شرعي ابي يوسف لا قصاص في بعض اللسان حتى
يقطع كله كذا ذكر القدوري في مختصره وجه ما في الاصل ان القصاص في اللسان يختلف
باختلاف المدة لانه كيانه يجتمع وينبسط فلا يمكن استيفاء المماثلة فيه فسقط القصاص وقد
قالوا جميعا لو قطع بعض اللسان لا يقتص منه لانه ليس هناك مفصل يوقع فيه القصاص فلا
يعلم بالمماثلة ولابي يوسف انه اذا قطعه من اصله امكنه المماثلة فاذا قطع بعضه لم يمكن
المماثلة فلا يجب القصاص فاما اذا قطع الحشفة ففيها القصاص وان قطع بعضها فلا قصاص
لانه اذا قطع الحشفة هناك حد يوقع فيه القصاص فيصح المماثلة واذا قطع بعضها او بعض
الذكر فليس هناك حد يوقع فيه القصاص فصار كقطع بعض اللسان فاما اذا قطع الذكر
من اصله فقد ذكر في الاصل انه لا قصاص فيه لانه ينقبض وينبسط فلا يمكن المماثلة فيه
وروي عن ابي يوسف انه اذا قطع الذكر من اصله يجب القصاص لانه اذا استوفي بالقطع
امكنت المماثلة وكذلك في الشفة ان استقصاها بالقطع ففيه القصاص وان قطع بعضها
فلا قصاص لانه اذا استوفاها امكنت المماثلة وان قطع بعضها فليس هنا له حد القطع كذا ذكر
القدوري في شرحه وقال في شرح الطحاوي روي عن ابي حنيفة انه قال اذا قطع شفة رجل
السفلى والعليا فكان يستطاع ان يقتص منه فعليه القصاص

فصل

لما كان يقع الصلح والعفو بعد وجود الجناية سابقة ذكر الفصل المشتمل عليهما بعد
مسائل الجناية **قوله** واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول على مال سقط القصاص
ووجب المال قليلا كان او كثيرا هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لقوله تعالى وجزا
سيئة سيئة مثلها فمن عفى واصلح فاجره على الله ولقوله تعالى فمن عفي له من اخيه شيء فاتباع
بالمعروف واداء اليه باحسان ولما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل له قتيل
فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا وان احبوا اخذوا الدية برضا القاتل لان موجب
العمد القصاص عينا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص خلافا للشافعي وقد مر ذلك
في اوايل كتاب الجنايات وانما جاز الصلح على مال قليلا كان او كثيرا انه اسقاط حق على

مال

مال والحقوق التي يجوز اسقاطها بعوض لا يتعذر العوض فيها اصله الرد بالعيب اذا
اسقط على مال ثم ينبغي لك ان تعلم ان الصلح على مال لا يجوز على اكثر من قدر الدية في القصاص
في النفس وفيما دونها وهو حال في مال الجاني ولا يكون ذلك على العاقلة اما الصلح على اكثر
من قدر الدية في القتل الخطا لا يجوز اذا كان الصلح على جنس ما افترضت فيه الدية واذا
كان الصلح على خلاف الجنس يجوز وان زاد على قدر الدية نص عليه الكرخي في كتاب الصلح **قوله**
الا انه على ما قيل نزلت في الصلح يعني ان الآية نزلت على قول ابن عباس والحسن البصري والضحاك و
ومجاهد في الصلح اي فمن اعطي على سهولة واريد به ولي القتيل يقال خذ ما اتاك عفوا اي
سهلا وقوله من اخيه شيء اي من جهة اخيه المقتول وقوله شيء اي شيء من المال بطريق الصلح وذكره
لانه مجهول القدر فانه يتقدر بما تراضيا عليه وقوله تعالى فاتباع بالمعروف اي فعليه اتباع
اي فعلى ولي القتيل اتباع المصالح بمعروف اي مطالبة بدل الصلح على مجامله وحسن معامله وقوله
تعالى واداء اليه باحسان اي على المصالح اداء الى ولي القتيل باحسان في الاداء وقال جماعة وهو
مروي عن عمر وابن عمر وابن مسعود الآية نزلت في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله
شيء فانه يراد به البعض وتقديره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول له
شيء من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفى بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا وهو
الدية على قدر حصصهم من الميراث وقوله فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لم يعفوا
القاتل بطلب حصصهم بالمعروف بقدر حقوقهم من غير زيادة وقوله واداء اليه باحسان
اي وليؤد القاتل الى غير العافي في حقه وافيا غير ناقص كذا في التيسير وصحح الامام
ابو منصور الماتريدي التاويل الاول وقد مر ذلك **قوله** لانه ما وجب بالعقد وتذكير
الضمير الراجع الى الدية على تاويل المال والاخفه التانيث اي الدية في قتل الخطا ما وجبت
بالعقد العارض على القتل بل وجبت بالقتل ابتداء فوجبت موجلة الى ثلاث سنين **قوله**
قال وان كان القاتل حرا او عبدا فامر الحر ومولى العبد رجلا بان يصالح عن دمهما
على الف ففعل فالالف على الحر ومولى العبد نصفان اي قال في الجامع الصغير وذلك
لان الصلح وقع على القصاص والحر والعبد مستويان في وجوب القصاص عليهما فيستويان
ايضا في بدله القصاص يجب على كل واحد من مولى العبد والحر نصف الالف وهو حصته
ولان عقد الصلح اضيف اليهما جميعا فلم يكن احدهما اولى بوجوب الضمان من الآخر فوجب
ان يكون بينهما نصفان نصيبهم من الدية وهو لفظ القدوري في مختصره والاصل في ذلك
ان القصاص يستحقه من يستحق ماله على فرايض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سوا والزوج
والزوجة في ذلك سوا نص عليه الكرخي في مختصره وكذا الدية موروثة بينهم وذلك
لان القصاص احد بدلي النفس فينقسم بين الورثة كالدية والدليل على ان الدية

قوله واذا عفا احد الشركا من الدم او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم

بين الورثة لانها مال للميت تقضى منها ديونه وتنفذ منها وصاياه كسائر امواله ثم اذا ثبت
القصاص لجميع الورثة ثبت لكل واحد منهم ان يعفو نصيبه او يصالح عنه ويبطل بذلك
القصاص وكان على القاتل حق من لم يعف من الدية وليس للعافي من الدية شيء وذلك لما روي
دما بين شريكين عفا عنه احدهما فاستشار عمر رضي الله عنه ابن مسعود فقال عن نكير فحل
محل الاجماع ولان الحق المشترك يملك كل واحد من الشريكين اسقاط حقه عن نصيبه منه
كما يملكه لو انفرد به اصله الديون فاذا اسقط نصيبه العافي من القصاص بقي نصيب الاخر
بحيث لا يمكن استيفاؤه لان القصاص لا يتجزى اسقاطا دم العمد اذا تعذر استيفاؤه انقلب
مالا لكن قطع يده من نصف الساعد ويكون ذلك في مال القاتل لانه لم تخف بنفس القتل
وانما وجب بسبب حادث فهو كما وجب بالصلح ولا شيء للعافي منه لانه اسقط حقه من المال
فلم يثبت في البدل وهذا بخلاف ما اذا قتل رجلين ولكل واحد منهما ولي فعفا احد الوليين
حيث لا يسقط القصاص لان الواجب ثمة قصاصان لاختلاف القتل والمقتول وهنا الواجب
قصاص واحد لاتحاد القتل والمقتول فافترقا وهذا الذي ذكرناه من سقوط القصاص
بعفو احد شريكي الدم مذهبنا وقال مالك للاخر ان يقتله كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي لان حق القتل ثابت لكل واحد منهما على الكمال ولهذا لو قتله
لم يضمن شيئا والحجة عليه قضية عمر وقد ذكر محمد بقصته في كتاب الاثار عن ابي حنيفة
عن حماد عن ابرهيم عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال في شرح الكافي ايضا القصاص
والدية يصير ميراثا لكل الورثة عندنا بالسبب والنسب جميعا وقال الشافعي وهو
قول ابن ابي ليلى يورث بالنسب ولا يورث بالسبب وهو الزوجية حتى لا يرث الزوج
من قصاص زوجته لو قتلت وكذا من ديتها وكذا الزوجة من قصاص زوجها ولا من ديته
لان القصاص والدية يورث بالموت وعند الموت تنقطع الزوجية بخلاف القرابة
ولنا ما روي عن الضحاك بن سفيان الكلابي انه قال ورد علي كتاب رسول الله صلى
الله عليه وسلم ان ورث امراة اشيم الضبابي من دية زوجها والحديث مشهور مذكور
في الموطا وغيره وقال القدوري في شرحه وعن علي انه قال الدية بين من احرز الميراث
ولانها مال للميت كسائر امواله وقال القدوري في شرحه قال اصحابنا في دم عمد بين
شريكين عفا احدهما فللاخر نصف الدية في مال القاتل في ثلاث سنين وقال زفر
في سنتين لانه جزء من الدية فيسقط في سني الثلث كما لزم بعض العاقلة وجه قول
زفر ان نصف الدية لم يلزم احاده واجبة وانما هو جملة الواجب فصار كما يجب
من نصف الدية بقطع اليد خطا **قوله** اسبع بمعنى راجع الى القاتل اي اشنع القصاص
بمعنى انه حق ثبت للشركاء لا على التجزي لان القتل واحد وقتل واحد لا يستحق على القاتل

الا قصاص واحد وقد سقط بعضه فيسقط كله لانه لا يتجزى اسقاطا فمن ضرورة سقوط
بعضه سقوط كله **قوله** اشيم الضبابي هو بكسر الضاد المعجمة والضباب بطن من العرب
ذكره ابن دريد في جمهرة اللغة واشيم من جملة الصحابة وكان قتله خطا كذا ذكره في الاحالي
في معرفة الصحابة وذكر ابن شاهين ضحاك ابن سفيان الكلابي ينزل فيما والى ضربه وكان
واليا للنبي صلى الله عليه وسلم من اسلم هناك من قومه وقال هشام بن محمد بن السائب الكلبي
في كتاب جمهرة النسب والضحاك ابن سفيان بن عوف ابن كعب وفد على النبي صلى الله عليه وسلم
وصحبه وشهد معه فتح مكة وحمله النبي صلى الله عليه وسلم على الالف الذين اتوه من بني
سليم **قوله** من عقل زوجها اي من دية زوجها **قوله** قال واذا قتل جماعة واحدا
عمدا اقتص من جميعهم اي قال القدوري في مختصره وقول الشافعي كذلك ايضا قال في وجيزه
تقتل الجماعة بالواحد وهذا الذي ذكره القدوري في الاستحسان والقياس ان لا تقتل
الجماعة بالواحد لان القصاص ينبى على المساواة ولا مساواة بين الواحد والجماعة وجه الاستحسان
ما روي عن محمد بن الحسن في موطاه عن مالك عن يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب ان عمر
بن الخطاب قتل نفرا خمسة او سبعة برجل قتلوه قتل غيلة وقال لو تمالا عليه اهل صنعا لقتلتهم
به قال محمد وبهذا ناخذ ان قتل سبعة او اكثر من ذلك رجلا عمدا قتل غيلة او غير غيلة ضربوه
باسيافهم حتى قتلوه قتلوا به كلهم وهو قول ابي حنيفة والعامة من فقهائنا الى هنا لفظ محمد في موطاه
ولان القتل بغير حق لا يكون في العادة الا بالتغالب والاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد
غالبا فلو لم يجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد ادى الى سد باب القصاص وفيه ابطال
الحكمة الموضوعة في القصاص وهي احيا النفوس وقوله تمالا اصله المعاونة في قتل الدلو ثم
عم فقال لو اتمالؤا اي تعاونوا وصنعا قصبة اليمن **قوله** واذا قتل واحد جماعة فحضر
اولياء المقتولين قتل لجماعتهم ولا شيء لهم غير ذلك وان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق
الباقين وهذا لفظ القدوري في مختصره قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف ذكر
علماؤنا رضي الله عنهم الواحد يقتل بالجماعة قصاصا على سبيل الاكتفا وقال الشافعي رحمه الله
لا يقتل اكتفا غير انه ان قتلهم على التعاقب يقتل بالاول اكتفا ويجب ديات الباقين مشتركة
بينهم وفي قول يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته ويجب الديات للباقين الى هنا لفظ الطريقة
وجه قوله ان اليد الواحدة لا تقطع بالايدي اكتفا لعدم المماثلة فكذلك لا يقتل النفس الواحد
بالانفس اكتفا لعدم المماثلة وكان القياس ان لا تقتل الجماعة بالواحد ايضا لانهم قتلوا بالشرع
بالاجماع فتركنا القياس ولا اجماع من الصحابة فيما نحن فيه فعملنا بالقياس ولنا ان كل واحد من
اولياء المقتولين قاتل للقاتل قصاصا فحصل التماثل في قتل الواحد بالجماعة فصح القصاص اصله
الفصل الاول وهو انه يقتل الجماعة بالواحد ثمة اتفاقا فلو لم يكن التماثل لم يقتلوا به وكان

الفعل المؤثر في ازهاق روح القاتل وهو الجرح الصالح للازهاق وجد من كل واحد
منهم اعني من اوليا المقتولين وهذا الحاصل وهو ازهاق الروح لا يقبل الوصف بالتجزي
فيضاف الي كل واحد منهم كملا لان ما لا يتجزي اذا اضيف يضاف كملا ولان القصاص شرع
بالكتاب والسنة مع وجود المنافي القصاص لان الادمي بنيان الرب فلا يجوز تجزئته وانما
شرع لتحقيق معني الاحياء ومعني الاحيا يحصل في قتل الواحد بالجماعة فيكتفي بيانه فيما قالوا
في قوله تعالي ولكم في القصاص حياة وهو ان القصاص في الحيان ضد الحياة ولكن هو حياة
بطريق الاعيان في شرعه واستيفائه اما الحياة في شرعه فهو ان من قصد قتل غيره واذا
تفكر في نفسه انه متي قتله قتل به انزجر عن قتله فيكون ذلك حياة لهما واما الحياة في
استيفائه فهو ان القاتل عمدا يصير حربا لاوليا القتيل لخوفه علي نفسه منهم فالظاهر انه
يقصد قتلهم ويستعين علي ذلك باشباه له من السفها ليزيل الخوف عن نفسه فاذا استوفي
الولي القصاص عنه اندفع شره عنه وعن عشيرته فيكون حياة لهم من هذا الوجه لان
احيا الحي في دفع سبب الهلاك عنه قال تعالي ومن احياها فكانما احيا الناس جميعا
قوله وان اجتمعوا ولم يعرف اي لم يعرف المقتول الاول **قوله** القتل الاول
اراد به ان يقتل جماعة بواحد فان قلت فان قلت فما الجواب علي ان الواحد لا تقطع
به الايدي اكتفا بل تقطع بواحد منها ويتعلق حق الباقين الي المال قلت الطرف يتبعض
ويسلك به مسلك الاموال فاذا اجتمعوا علي استيفائه صار كل واحد منهم مستوفيا لجزء حقه
ويتعلق في الباقي الي المال كما لو اتلف عنهم عشرة اقفزة فوجد واقفيزا وليحدا فانهم
يقتسمونه ويتعلقون في الباقي الي المال لانه متبعض والقصاص ليس بمتبعض فثبت لكل
واحد منهم كملا كتطهير العرق من تقطع اليد وحز الرقبة **قوله** قال ومن وجب
عليه القصاص اذا مات سقط القصاص اي قال القدوري في مختصره وعند الشافعي
رحمه الله يجب الدية في ماله لان موجب العمد عنده القصاص او الدية فاذا فات
احدهما ثبت الاخر وهذا مردود بقوله تعالي كتب عليكم القصاص وقد مر بيانه في
اول كتاب الجنايات ثم لما كان موجب العمد هو القصاص عينا عندنا يسقط القصاص بموت
القاتل لفوات المحل كالعبد الجاني اذا مات ولان الضمان انما يجب بدلا لما هو مضمون
علي الانسان كما في الغصب ونفس الانسان ليست بمضمونة علي نفسه فلا يلزمه بدلا كما فان
قيل يسقط القصاص بغير رضا الولي فوجب ان ياخذ المال اصله اذا عفي احد الوليين
قلنا هناك سلمت النفس للقاتل فجاز ان يلزمه الضمان عوضا وههنا لم يسلم له فلم يجز
ان يلزمه عوض **قوله** قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص علي واحد
منهما وعليهما نصف الدية اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره

وان جني

وان جني رجلان علي رجل جناية فيما دون النفس مما يجب علي الواحد فيها القصاص لو كان انفرد بها فلا قصاص عليهما قطعا يدا او رجلا او
قلعا سنه او كانا ما كان من الجروح التي يجب علي الواحد فيها القصاص فلا قصاص عليهما وعليهما الارش نصفان وكذلك ما زاد
علي ذلك من العدد فهو بمنزلة هذا لا قصاص عليهم وعليهم الارش علي عددهم بالسواء الي هنا لفظ الكرخي وعند الشافعي يقطع الايدي
باليد الواحدة كما يقتل الانفس بالنفس الواحدة **قال** صاحب الهداية والمفروض اذا اخذ سكينا وامراه علي يده حتي انقطعت يعني ان
موضع فرض الخلاف بيننا وبين الشافعي فيما اذا اخذا سكينا ووضعاه علي المفصل من جانب واحد وامراه حتي انقطعت اليد اما اذا
وضع احدهما السكين من جانب من المفصل والاخر من جانب اخر وامر كل واحد سكينه حتي التقيا وانقطعت اليد لا قصاص عنده ايضا
وجه قوله قول عمر رضي الله عنه في شاهدي السرقة حين رجعا وجاءا باخر وقالا اوهمنا انما السارق هذا فقال لا اصدقكما علي هذا
واغرمكما دية الاول ولو علمت انكما تعمدتما لقطعت ايديكما وجه الاستدلال ان عمر رضي الله عنه اخبر بقطع الايدي بيد واحدة
ولان الطرف تابع للنفس من كل فيأخذ حكمها فايجاب القصاص علي الانفس بالنفس الواحدة يقتضي ايجاب القصاص علي الايدي باليد
الواحدة ولان طريق جريان القصاص علي الانفس ان يجعل كل واحد منهم منفردا بالقتل لزجر القاتل وسد باب العدوان فيجعل
كل واحد من القاطعين منفردا ايضا للزجر وسد باب العدوان فيجب القصاص عليهم **ولنا** ان القطع الحاصل من الجماعة يستدعي التجزي
لان كل واحد منهم حصل منه بعض القطع وانما قلنا انه يستدعي التجزي لان المحل وهو اليد يقبل التجزي فما حصل من كل واحد منهم بعض
القطع لم يجز اضافة القطع الي كل واحد منهم كملا فلم يجز قطع الايدي باليد الواحدة لعدم المماثلة بخلاف قتل الانفس بالنفس الواحدة
لان قتل النفس يضاف الي كل واحد منهم كملا لان ازهاق الروح لا يتجزي وما لا يتجزي اذا اضيف الي الجماعة يضاف الي كل واحد
منهم كملا فجعل كل واحد منهم قاتلا علي الكمال فحصل المماثلة من الانفس والنفس الواحدة والاعتداء مقيد بالمماثلة قال تعالي فاعتدوا
عليه بمثل ما اعتدي عليكم وقال تعالي من عمل سيئة فلا يجزي الا مثلها وقطع اليد يتجزي فلا يحصل المماثلة بين الايدي واليد الواحدة لان
لليد نفعا وبطشا وثمنا ونحو ذلك **او** نقول التفاوت من حيث الوصف يمنع من جريان القصاص حتي لا يقطع الصحيح بالاشل
فكذا التفاوت من حيث العدد بل اولي لانه فوق التفاوت وصفا لان التفاوت ههنا من حيث الذات وهذا لان
التفاوت يشترط لجريان القصاص بالنصوص وكان التناسب في النفوس كذلك الا انه سقط اعتبار التفاوت فيها لحديث عمر رضي
او بالاجماع والاجماع الواردة لا يجعل واردا في الاطراف لان القتل بوصف الاجماع غالب فتمس الحاجة الي اعتبار التفاوت
لكيلا يؤدي الي فتح باب العدوان والقطع بوصف الاجماع علي وجه يوجب القصاص لو كان القاطع واحدا بان يعتمدوا
علي سكين واحد في مفصل نادر جدا فلا يلحق النادر بالغالب فلا يجب القصاص علي الايدي باليد الواحدة والجواب عن حديث
عمر رضي الله عنه فنقول ذلك محمول علي السياسة ولا كلام لنا فيه وقوله الطرف تابع للنفس فنقول لا نسلم انه تابع في حق القصاص
قوله قال وعليهما نصف الدية اي قال القدوري في مختصره يعني يجب علي الرجلين القاطعين نصف دية اليد الواحدة وهو كل
وذلك لان القصاص لم يمكن ايجابه عليهما لعدم المماثلة فوجب المال لكن يجب في مالهما لانه عمد وكذلك الحكم في سائر الاطراف
كالعين والسن والرجل ونحوها مما يؤخذ في الاعضاء بالقياس وفي النفس بالاثر **قوله** وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما
ان يقطعا يمينه وياخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معا او علي التعاقب هذا لفظ القدوري في مختصره وقال
في شرح الكافي للحاكم الشهيد رحمه الله وقال الشافعي ان قطع اليمينين علي التعاقب يقتص للاول ويغرم الدية للاخر وان قطعهما معا فالقاضي
يقرع بينهما ايتهما خرجت قرعته يقتص له والدية للاخر وجه قوله ان الطرف في حق القصاص صار مملوكا للاول منهما وانه متى قطع

التذ...

اسقاطه

ولهذا لو ورث فقد وجد القطع الثاني والطرف مستحق للاول فلا يمكن ايجاب القصاص للثاني كالرهن فان المرتهن الثاني لا
يستحق وعند تعذر ايجاب القصاص يصار الى الدية واذا وجد القطعان معا فايجاب القصاص لكل واحد منهما غير ممكن لان المحل
يضيق عن القصاصين وليس احدهما باولى من الآخر في حبس القصاص له والدية للآخر فله ان يقرع بينهما تطييبا
لقلبهما لان له هذه الولاية بدون القرعة اذ ليس فيه ابطال حق احدهما ولكن لو فعل ذلك بدون القرعة ينسب الى التهمة
فله ان يقرع بينهما احترازا عن تهمة الميل ولنا ان حق كل واحد من اللذين قطعت يمينهما استوى في علة الاستحقاق مع الآخر
وهي قطع طرف معصوم فيستويان في الحكم وهو القصاص لان الاستواء في العلة يوجب الاستواء في الحكم كالشفيعين فلا تقدم احدهما
على الآخر كالشفيعين وهذا لان ثبوت حق القطع للاول لا ينفي ثبوته للثاني لانه وجد سبب الوجوب والمحل قابل له لان الحق
للاول ثبت في المحل اعني في يد القاطع في اطلاق فعل القصاص لا غير ولهذا لو بادر الآخر فقطع يده كان مستوفيا حقه ولو كان ثبوت
الحق للاول منافيا ثبوته للثاني لم يكن مستوفيا حقه فعرفنا انا نحتاج الى اظهار الحق في المحل فيما يرجع الى الاستيفاء لا غير فقبل الاستيفاء
الاول يتم المحل فارغا لا يثبت حق الثاني فلما كانت العلة في حقهما سواء كان العدل والانصاف ان يجعل القصاص بينهما والدية بينهما
وهذا بخلاف الرهن فان حق المرتهن الاول متقرر في المحل فيمنع ذلك تعلق حق المرتهن الثاني به وكذا يمنع تعلق حق الغريم به وصار
هذا نظير عبد قطع يميني رجلين على التعاقب حيث يكون رقبته مستحقة لهما جميعا ولا يكون الاول اولى بها ثم انما قيد بقطع اليمين
لانه لو قطع يمين رجل ويسار آخر يقطع يداه لهما جميعا وكذلك لو قطعهما من رجل واحد لعدم التفاوت ووجود المماثلة واراد
بقوله لهما ان يأخذا منه نصف الدية دية يد واحدة بينهما نصفين وبه صرح الكرخي في مختصره **قوله** والقصاص ملك الفعل
يثبت مع المنافي وذلك لان من عليه القصاص حر والحرية تنافي وقوع الملك على الحر ولان فيه اتلاف النفس وهو محرم
في الاصل ولان الآدمي بنيان الرب تعالى فلا يجوز تخريبه الا انه جوز القصاص ضرورة استيفاء حق من وجب له
القصاص فاذا ثبت ضرورة لم يظهر الا في حق من له القصاص لان الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة **قوله** وان حضر
واحد منهما فقطع يده فللآخر عليه نصف الدية وهذا لفظ القدوري اي خمسة الاف درهم وهي دية اليد الواحدة قال الكرخي
في مختصره فان حضر احدهما والآخر غائب فله ان يقتص ولا ينتظر الغائب ويكون للآخر دية يده وذلك لان حق كل واحد
منهما ثبت في جميع اليد فانما سقط حقه عن بعضها بالمزاحمة فاذا غاب الآخر فلا مزاحم للحاضر فلا يجوز ان يسقط حقه من القصاص
لحق الغائب ويجوز ان لا يحضر فيطالب ويجوز ان يبرئ فهو على هذا قالوا في الشفيعين اذا حضر احدهما انه يقضى له بالجميع
لانه لا مزاحم له في الحال فلا يجوز ان يسقط حقه عن بعض الشفعة لحق الغائب ويجوز ان يحضر فيطالب فيكون للآخر الغائب دية يده
لان القاضي لما قضى بها للاول لم يجز ان يسقط حق الثاني فانتقل الى العوض قال في شرح الطحاوي ولو عفا احدهما قبل
القصاص فيقتص منه للثاني وكذلك ذكره الكرخي ايضا وذلك لان حق كل واحد منهما ثبت في جميع اليد وانما تنتقص المزاحمة
فاذا زالت بالعفو بقي حق الآخر بحاله كالغريمين والشفيعين **قوله** قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود اي قال القدوري
في مختصره وعند زفر لا يصح اقراره كما لا يصح اقراره بقتل الخطأ لان اقراره يتعلق به اتلاف مال المولى فصار كما اذا اقر بدين
قلنا ان اقراره بالمال وبما يوجب المال من الجناية الخطاء انما لا يصح لكونه متهما في ذلك لانه يتضمن اتلاف حق المولى
بخلاف الاقرار بالحد والقصاص فانه صحيح لانه غير متهم فيه لانه اقرار بالعقوبة على نفسه وفيه ضرر على نفسه فلا يتهم وتلف حق
المولى يحصل ضمنا فلا يعتبر ولانه مبقى على اصل الحرية في حق الدم لان المولى لا يملك اتلافه ذلك وقول زفر ينتقض بما اذا ارتد العبد

لانه يقتل مع وجود المانع الذي ذكره **قوله** ومن رمى رجلا عمدا فنفذ السهم منه الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية للثاني
على عاقلته وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الاول قصد بالرمي فمات منه فوجب القصاص كما لو لم ينفذ
الرمي الى غيره واما الثاني فلانه لم يقصد بالرمي بل قصد الرامي غيره ولكنه اصابه بالنفاذ من الاول فصادفه
خطاء وهو احد نوعي الخطأ وهو خطأ في القصد فصار كما اذا قصد صيدا فاصاب آدميا فوجب الدية على عاقلته

فصل

لما ذكر حكم الفعل الواحد ذكر في هذا الفصل حكم الفعلين لان
الاثنين بعد الواحد **قوله** قال ومن قطع يد رجل خطاء ثم قتله عمدا قبل ان تبرأ يده الى آخره اي قال في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقطع يد الرجل عمدا ثم يقتله خطاء قبل ان تبرأ اليد او يقطع
يده خطاء ثم يقتله عمدا قبل ان يبرأ قال يؤخذ بالامرين جميعا باليد والنفس الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذه المسئلة وما شاكلها على اربعة اوجه اما ان يقطع يده عمدا ثم يقتله عمدا او يقطع يده
خطاء ثم يقتله خطاء او يقطع يده عمدا ثم يقتله خطاء او يقطع يده خطاء ثم يقتله عمدا ثم كل وجه على وجهين اما ان برأ فيما بين ذلك
او لا برأ فصارت ثماني مسائل والحاصل هنا ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن لان الاصل في العقوبات التداخل
ويجعل الآخر متمما للاول لان القتل عادة لا يحصل بضربة واحدة بل بضربات متعاقبة فيجعل الثاني متمما للاول ويجعل الكل قتلا واحدا
الا ان لا يمكن الجمع باختلاف حكم الفعلين كما اذا كان القطع خطاء والقتل عمدا او على العكس وهو المراد بقوله في المتن في الاولين
اي في الفصلين الاولين او لا يمكن الجمع بينهما لتخلل البرء لان تخلل البرء ينهي الفعل الاول لانتهاء الحرج فلا يمكن جعل الثاني متمما للاول اما
عند عدم تخلل البرء وعند اتحاد حكمهما فيمكن جعل الثاني متمما للاول لبقاء الاول ببقاء اثره وبتجانس الفعلين وقال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا على وجوه اربعة اما ان يكون كل واحد منهما عمدا او خطاء او القطع عمدا والقتل خطاء
او القطع خطاء والقتل عمدا وذلك كله قبل البرء او بعد البرء ففي الوجوه كلها بعد البرء لا يجمع بين الموجبين بالاجماع لان الفعل
الاول قد انتهى فيكون القتل بعده فعلا ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما حتى لو كانا عمدين له ان يقطع يده ثم يقتله ولو
كانا خطائين يأخذ دية الطرف ودية النفس جميعا ولو كان احدهما خطاء والآخر عمدا يقتص فيما هو عمد ويأخذ فيما هو خطاء
وان كان لم يتخلل بينهما برء فان كانا خطائين يكتفى بدية واحدة بالاجماع لانه ما فوت الا نفسا واحدة فلا يجب به الا دية
واحدة وان كان احدهما عمدا والآخر خطاء اقتص فيما هو عمد واخذ بالدية فيما هو خطاء بالاجماع ولا يتداخل احدهما
في الآخر لاختلافهما فاما اذا كانا عمدين اختلفوا فيه قال ابو حنيفة يخير ان شاء قطع ثم قتل وان شاء اكتفى بالقتل
وعندهما ليس له الا القتل لهما يقولان ما فوت بالفعلين الا النفس فحسب كما اذا كانا خطائين فتجب دية واحدة بالاتفاق
فكذا ههنا لا يجب الا قصاص واحد اذا كانا عمدا ولابي حنيفة انه اتى بجنايتين قطع وقتل فيجب عليه موجبان ولا شك
انه قطع وقتل لوجود اثر القطع واثر القتل واثر الثاني لا يعدم اثر الاول فبقيا فعلين حقيقة كما كانا ولا يقال بان القطع
صار قتلا باعقاب القتل اياه لانه انما يصير هكذا اذا كانت السراية مضافة الى القطع وليس هكذا لان القتل قاطع للسراية كالبرء
ونعني بقولنا انه قاطع انه لم يبق للفعل الاول صلاحية ان يضاف الاثر في النفس اليه عند اعتراض القتل فصار هذا والبرء سواء
ثم يجب بغير حكمه عند البرء فكذا عند القتل ولا يلزم انه تجب دية واحدة في فصل الخطاء لان الدية تجب مقابلا بالمحل
من حيث انه بدل عن المحل فلا يجب به الا ضمان واحد اما القصاص فانه يجب مقابلا بالفعل والفعل متعدد صورة ومعنى فتتعدد

ولئن سلمنا ان القطع عند اعقاب القتل بآية قتل ولكنه قد قتله بهذا الطريق والتسوية واجبة ما امكن في باب الاعتداء وذلك فيما قلناه
وهذا كله اذا كان القاتل القاطع واحدا اما اذا كان القاطع والقاتل رجلين يقتل القاتل ويقطع القاطع بلا خلاف لانه انما
يدخل القطع في القتل عند اتحاد المحل لا عند اختلاف المحل قوله يجمع بالاجماع والمراد بالجمع ان يجعل الجنايتان جناية واحدة قوله
بخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يمتنع بالقتل ولا يقطع قوله فيجمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة حز الرقبة لان
دية اليد لو وجبت وجبت عند الحز لانه وقت استحكام اثر الفعل ولا سبيل اليه لان بالحز تجب ضمان الكل فلو وجبت دية
اليد مع هذا لكان الوجوب في حق دية اليد مكررا وذلك غير مشروع وهو معنى قوله ولا يجتمعان اي لا يجتمع ضمان الكل وضمان الجزء
بخلاف القطع والقتل قصاصا فانهما يجتمعان لان مبنى العمد على التغليظ والتشديد ولهذا يقتل الجماعة بالواحد وليس كذلك الخطأ
فان مبناه على التخفيف ولهذا لا يتعدد الدية بتعدد القاتلين قوله قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات من عشرة
ففيه دية واحدة اي قال في الجامع الصغير معنى هذا انه ضربه في موضع تسعين وفي موضع آخر عشرة فبرئ موضع التسعين ولم يبرأ
موضع العشرة وذلك لان موضع التسعين لما برئ ولم يبق لها اثر جعل كانها لم توجد في حق الضمان وان اعتبرت في حق
التعزير وصار كانه لم يضربه الا عشرة فمات منها فلا يجب الا دية واحدة وهذا قول ابي حنيفة وهو ظاهر وكذلك الجواب في كل
جراحة اندملت ولم يبق لها اثر وعن ابي يوسف انه اوجب في مثله حكومة عدل وعن محمد انه اوجب فيه اجرة الطبيب وثمن
الادوية قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وهذا اذا برئ من تسعين ولم يبق لها اثر اما ان بقي منها اثر ينبغي ان يجب
عليه حكومة عدل في ذلك النقصان ثم اذا قتله بعد ذلك يجب عليه الدية قوله وان ضرب رجلا مائة سوط فجرحته
وبقي لها اثر يجب حكومة عدل وهذه مسئلة الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يضرب الرجل مائة سوط
فيجرحه فيبرأ منها قال على الضارب ارش الضرب الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وغيره وهذا اذا بقي اثر الضرب
فان لم يبق لا يجب شيء عند ابي حنيفة كما في المسئلة المتقدمة وهذا اذا جرح ثم برئ فاما اذا لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق
واورد الفقيه ابو الليث سؤالا وجوابا فقال فان قيل كيف يعرف ارش الضرب قيل له ينظر انه لو كان عبدا كم ينتقص من قيمته فيجب عليه
من الدية ذلك المقدار قوله ومن قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا
عن القطع وما يحدث منه او عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطأ فهو من الثلث وان كان
عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وهذه من مسائل الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قطع يد رجل عمدا فقال المقطوعة يده قد عفوت عن القطع ثم مات من القطع قال عليه
الدية في ماله وان قال عفوت عن القطع وما يحدث منه فهذا عفو ولا شيء على القاتل وان قال قد عفوت عن الجناية فكذلك
ايضا وقال ابو يوسف ومحمد مثل ذلك الا في خصلة اذا قال عفوت عن القطع فهو عفو عن النفس وكل شيء يحدث منه الى هنا
القطع
لفظ اصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة واليد وما اشبه
الاختلاف في ه
ذلك وكذلك الصلح والتزويج وجه قولهما ان العفو عن القطع والشجة عفو عن موجب ذلك وموجب ذلك عند الاقتصار
ضمان الطرف وعند السراية ضمان النفس فيتناول العفو عن القطع والشجة اي الموجبين وجد كما اذا عفا عن الجناية وجه قول
ابي حنيفة ان العفو عن القطع عفو عن موجبه كما قالا وموجبه ما شرع في ضمان الطرف وعند اتصال السراية تبين ان موجب القطع لم
يكن ذلك وانما موجبه القتل وكان العفو عن القطع عفوا عن غير حقه فيبطل العفو لان القطع ابانة الطرف والقتل ازهاق الروح وبينهما مغايرة لان

احدهما قد يوجد ولا يوجد الآخر وكان القياس ان يجب القصاص لان العفو كانه لم يوجد ولكن في الاستحسان يجب الدية
لان العفو وان صادف القطع دون القتل الا ان الفعل متحد صورة فتمكن شبهة العفو فيه ولا يستوفى القصاص مع الشبهات وهذا
بخلاف ما اذا عفا عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه حيث يكون ذلك عفوا عن القتل ايضا لان اسم الجناية يتناول القتل
والقطع جميعا وقوله وما يحدث منه تصريح بالعفو عن السراية فكان عفوا عن القتل وانما يجب الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل عمدا كذا
قال الفقيه ابو الليث قالوا والقطع خطأ كالعمد في الوجوه المذكورة الا ان في العمد يعتبر العفو عن جميع المال لان موجب العمد القود
وذلك ليس بمال فلم يتعلق به حق الورثة وانما يحجر من اشرف على الموت عن التصرف في جميع ماله لحق الورثة وما ليس بمال فالصحيح والمريض
والقاتل وغير القاتل فيه سواء ولهذا لو عفا انسانا لا يعتبر ذلك من ثلث ماله وان كان خطأ يعتبر من ثلث ماله لانه تبرع
بالدية في مرض موته وتبرع المريض ينفذ في الثلث فيكون هذا وصية للعاقلة قال الصدر الشهيد وغيره وهذا لا يشكل عند
من لم يجعل القاتل واحدا من العاقلة اما من جعله واحدا من جملتهم فلا تصح الوصية بقدر حصته من الدية لانها وصية للقاتل
فلا تصح قالوا والصحيح انها تصح في حق الكل وان حصلت للقاتل بقدر حصته لانها لو لم تصح ابتداء صحت انتهاء لانها
لو بطلت في الابتداء كان كلها وصية للعاقلة لان من اوصى لمن يصح له الوصية ولمن لا تصح له الوصية صار كلها وصية
لمن يصح له الوصية كمن اوصى لحي وميت كان الوصية للحي فتصح الكل وصية فههنا اذا لم تصح للقاتل تعود الى العاقلة
فتسقط عن العاقلة قدر ما للعاقلة قوله عن نوعيه اي عن نوعي القطع وهما السارى والمقتصر قوله في هذه
الوجوه وهي اربعة العفو عن القطع او عن الشجة والعفو عن القطع والشجة وما يحدث منه والعفو عن الجناية
وفاقا اي اتفاقا يعني اتفقوا على ان العفو عن القطع والشجة وما يحدث من ذلك في صورة العمد عفو عن القتل
وفي صورة الخطأ عفو عن الدية وكذا العفو عن الجناية في صورة العمد يكون عفوا عن القتل وفي صورة الخطاء
يكون عفوا عن الدية خلافا اي اختلافا يعني اذا عفا عن القطع او عن الشجة فحسب يكون ذلك عفوا عن القتل
في صورة العمد عندهما وعن الدية في صورة الخطأ وعند ابي حنيفة لا يكون ذلك عفوا عن ارش اليد ومن
ارش الشجة فيجب الدية في العمد والخطأ جميعا لكن في العمد في ماله وفي الخطاء على العاقلة قوله آذن بذلك اطلاقه اي
اعلم من الايذان وهو الاعلام واطلاقه اي اطلاق لفظ الجامع الصغير لانه لم يقيد بالعمد والخطاء في قوله ومن قطع يد رجل
وهذا التقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية وذلك ممنوع عندنا لان محمدا قيده بالعمد في اصل الجامع الصغير كما ذكرنا روايته
وكذلك قيد الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام وغيرهم والصدر الشهيد وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح دعوى
الاطلاق قوله قال واذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطأ
وان كان عمدا ففي مالها اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنهم في المرأة تقطع
يد الرجل عمدا او خطأ فيتزوجها على اليد ثم يموت منها قال كان لها مهر مثلها فان كان القطع خطأ فعلى عاقلتها الدية
وان كان عمدا فالدية في مالها وان كان تزوجها على اليد وما يحدث منها او كان تزوجها على الجناية ثم مات
منها فان كان عمدا فلها مهر مثلها وهذا عفو عن المرأة وليس على المرأة شيء وان كان خطأ يرفع عن العاقلة مهر
مثلها وكان ثلث ما ترك وصية لهم مما بقي من الدية ويرد دون الفضل قال ابو يوسف ومحمد وكذلك الوجه الاول
اذا تزوجها على اليد او على القطع ولم يذكر وما يحدث منها فهو بمنزلة هذا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير واصل هذا ما مر في

المسئلة المتقدمة ان العفو عن القطع او عن الشجة او عن اليد اذا سرى الى النفس ليس بعفو عن النفس عند ابي حنيفة وعندهما يصح ذلك عفوا عن
النفس ثم سطر ان تزوجها على القطع او على الشجة او على الضربة او على الجراحة او على اليد فان برأ من ذلك صح النكاح وصار ارش
اليد مهرا سواء كان عمدا او خطأ لانه لا قصاص بين الرجل والمرأة فيما دون النفس فلم يكن موجب القطع الا المال وصار بمنزلة رجل
تزوج على دين له عليها فيصح النكاح على ذلك المال فكذلك ههنا واما اذا مات من ذلك فانه على وجهين فان كان عمدا ففي القياس يجب
القصاص ولها مهر مثلها لانه لما مات ظهر ان الواجب هو القصاص وانه لا يصلح مهرا لانه ليس بمال وفي الاستحسان لا يجب
القصاص وتجب الدية في مالها ولها عليه مهر مثلها اما سقوط القصاص فلان الفعل واحد صورة فتمكنت صورة شبهة الصلح
صورة وتجب الدية في مالها لانه عمد فلا تعقله العاقلة ولانها وجبت بالصلح ولها مهر مثلها لانه سمى ما لا يصلح مهرا لها كتسمية الخمر و
الخنزير فصار كانه لم يسم شيئا فيرفع عنها من الدية قدر مهر مثلها وتغرم الباقي وان تزوجها على القطع وما يحدث منه
او على الجناية والقطع عمدا فمات من ذلك فلها مهر مثلها ولا شيء عليها ولا على عاقلتها اما وجوب مهر المثل فلانه
سمى ما لا يصلح مهرا وهو القصاص واما سقوط القصاص بغير بدل لانه لما جعله مهرا فقد رضي بسقوطه بغير بدل وان
كان القطع خطأ وهو الوجه الثاني فان تزوجها على القطع او على الجراحة فمات منه كان لها مهر مثلها لانه سمى القطع مهرا ولما
ظهر انه لم يكن للقطع موجب فصار كانه لم يسم لها شيئا وتجب الدية على عاقلتها لانه كان خطأ فيرفع عن العاقلة قدر مهر مثلها
لان العاقلة يتحملون عنها ولا يتحملون لها وما زاد ان كان يخرج من ثلث ماله فانه يرفع عن العاقلة لانه وصية لهم
وهم اجانب فتصح وان كان لا يخرج فلهم مما زاد على مهر المثل قدر الثلث فيرفع عنهم ويرد الفضل على الورثة وان تزوجها
على القطع وما يحدث منه او على الجناية فمات منه كان لها مهر مثلها لانه لما مات ظهر ان الواجب دية النفس والدية تصلح مهرا
الا انه مريض والمريض اذا تزوج امرأة كان لها مقدار مهر مثلها وما زاد على مهر مثلها يكون وصية لها والوصية للقاتل لا تصح فلا
يجعل وصية للعاقلة لانهم اجانب فكان لها مهر مثلها من الدية فان كان مهر مثلها قدر الدية فالعاقلة لا يغرمون لها شيئا
لان العاقلة يتحملون عن المرأة بسبب جنايتها ولا يتحملون لها وان كان مهر مثلها اقل من الدية فذلك القدر يسقط عن العاقلة والباقي
وصية لهم وهم اجانب فتصح ان كان يخرج ذلك الفضل من ثلث ماله وان كان لا يخرج تلك الزيادة من ثلث ماله فلهم مما زاد
قدر الثلث يرفع ذلك عنهم ويرد الباقي على ورثة الميت وهذا كله قول ابي حنيفة فاما عندهما فالجواب فيه في العمد والخطأ
كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه او على الجناية لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شرح الجامع الصغير قوله فتزوجها
على اليد اي على موجب قطع يده بان جعل مهرها ما كان موجب قطع يده قوله لا سيما على تقدير السقوط اي سقوط القصاص يعني
ما ليس بمال لا يصلح مهرا وهو القصاص فعلى تقدير سقوطه اولى ان لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما لو لم يسم شيئا واما سقوط القصاص
لانه لما جعله مهرا فقد رضي بسقوط حقه فيه قوله على ما نبين اشارة الى قوله وقد رضي بسقوط حقه قوله واذا سرى اي سرى
قطع اليد الى هلاك النفس قوله واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية تقع المقاصة اي تقع المقاصة بين مهر المثل والدية
اذا استوى قدرهما فان كان في الدية فضل ترده المرأة على ورثة الميت وان كان في مهر المثل ترده الورثة على
على المرأة قوله ولا يتقاصان اي لا تتقاص ما على الزوج من مهر المثل وما على المرأة من الدية بخلاف التقدم لان الدية
تجب على العاقلة لكون القتل خطأ ومهر المثل يجب لها فلا يتقاصان وانما تكون المقاصة اذا اتحدت الذمة في الوجوب لها وعليها
كما اذا قطعت عمدا وسرى الى النفس لان الدية تجب عليها لا على العاقلة لانه عمد والمهر ايضا لها فاتحدت الذمة فوقعت المقاصة

قوله ولا شيء عليها اي لا يجب عليها شيء اصلا لا القصاص ولا الدية وهذا هو فائدة التعميم بقوله ولا شيء ولذلك لا يجب على العاقلة شيء
من الدية لان العاقلة لا تعقل العمد قوله ترفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها قوله ولهم ثلث ما ترك الميت وصية
اي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية لهم لان التزوج على اليد وما يحدث منها تزوج على الدية والدية تصلح مهرا ثم ان
كانت الدية بقدر مهر المثل صحت الوصية للعاقلة وسقط عنهم لان الوصية للاجانب صحيحة وان كانت لا تنفع للمرأة لانها قاتلة
فان فضلت الدية عن مهر المثل يسقط الزيادة عنهم ان كانت تخرج من ثلث المال وان لم تخرج الزيادة من ثلث المال سقط ثلث الزيادة
عنهم لانه وصية في حقهم وما فضل على ثلث الزيادة يؤديه العاقلة الى ورثة الميت قوله لانه مريض مرض الموت دليل لقوله
ولهم ثلث ما ترك الميت قوله فمن المحال ان ترجع عليهم اي ان ترجع المرأة على العاقلة قوله فانتقض جوابهما في الفصلين
اي فيما اذا تزوجها على اليد ولم يذكر شيئا آخر وفيما اذا تزوجها على اليد وما يحدث منها لان العفو عن اليد عفو عن السراية عند
ابي يوسف ومحمد خلافا لابي حنيفة رحمه الله وقد عرف قبل هذا قوله قال ومن قطعت يده فاقتص له من اليد ثم مات فانه
يقتل المقتص منه اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قطع يد رجل
عمدا فاقتص القاضي له ثم مات المقتص له فعلى المقتص منه القصاص ولورثة المقتص له ان يقتلوه وهذا من الخواص
وذلك لان التسلسل في الجنايات على الاطراف الاستيفاء حولا حتى يتبين حق المجني عليه فلما مات من ذلك عرف ان حقه في
النفس لا في الطرف وقد كان استوفى الطرف على انه حقه ولا يبطل باستيفاء الطرف حقه في النفس ولا تجب الدية لانه لا قيمة لنفس القاطع في حق
القصاص فكذا الطرف الا ترى انه لو وجب لرجل على رجل قصاص في النفس فقطع يده ثم قتله لا يجب عليه شيء في قطع اليد ولكنه اساء فكذلك
هذا ولا يصير قطع يد القاطع شبهة في سقوط القصاص عنه قالوا اي في شروح الجامع الصغير وعن ابي يوسف انه لا يقتل لان الاقدام على القطع
كان ابراء عما وراءه والجواب عنه انما يصير ابراء عما وراءه ان لو كان الموجب معلوما وعند القطع في زعمه ان الموجب هو قطع اليد
فاستوفى اليد لهذا لا انه ابراه فاذا مات تبين ان الموجب هو القتل فيقتل قوله قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم
عفا وقد قضي له بالقصاص او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة وقالا لا شيء اي قال في الجامع الصغير وصورتها محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل يقتل وليه عمدا فيقطع يد قاتله ثم يعفو عنه وقد قضى القاضي بالقصاص او لم يقض قال فعلى قاطع اليد دية اليد
في ماله وقال ابو يوسف ومحمد ان قطع الولي يد القاتل ثم عفا عنه فدية يده باطلة الى ههنا لفظ اصل الجامع الصغير وقول الشافعي
كقولهما كذا في الاشارات وجه قولهما ان الولي قطع اليد من نفس لو اتلفها لم يضمن فوجب ان لا يضمن اليد كما لو قطع يد مرتد ثم
اسلم ثم سرى وهذا لان اليد كانت حقا للولي تبعا للنفس فبطل بالعفو حقه عما بقي لا عما استوفى يدل عليه الاحكام منها انه لو قطع ثم حز
رقبته بعد البرء لا يضمن ومنها انه لو قطع وعفا ثم سرى لا يضمن ومنها انه لو قطع وما عفا وما سرى وما برئ لا يضمن قالوا الطرف
مع النفس كالاصابع مع الكف في التبعية ثم لو قطع اصبعه وعفا عن الكف لا يضمن ضمان الاصبع فكذلك في الطرف مع النفس
وهذا لان حقه ثابت في النفس وكل حق ظهر في النفس يظهر في حق الاطراف تبعا لانها من جملة النفس فيكون من جملة ما
جعل حقا له شرعا ولابي حنيفة انه استوفى طرفا بغير حق فيضمنه لان حقه في القتل لا في القطع والقطع ابانة والقتل ازهاق و
بينهما مغايرة وكان القياس ان يجب القصاص الا انه سقط للشبهة لان له ان يتلف يؤتى عليه القصاص تبعا للنفس وكان في ذلك شبهة
ولانه لما عفا عنه فقد ابطل حقه في القصاص فاستند العفو الى وقت القطع فتبين انه قطع يده بغير حق فتجب دية اليد لان القصاص
سقط للشبهة لحقيقة ان حق الولي في ازهاق الروح لا في اتلاف الاجزاء تحصيل اتلاف الاجزاء يحصل ضرورة فوات

الى ابيه

للمحل قصاصا وملك القصاص ضروري ثبت ضرورة جبر حق المقتول لان في المحل ما ينافي استحقاق النفوس وهو الحياة او حرمة تجزئة بنية
وما ثبت ضرورة يتقدر بقدر الضرورة لا غير فلا يظهر حق الولي في المحل الا عند استيفاء القصاص فيجعل حقه عدما قبل الاستيفاء
في حق المحل فيكون قطع اليد تصرفا في غير حقه فيضمن والجواب عن المسائل فنقول اذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فانما
لا يضمن لان الطرف صار مستحقا في حق القتل وبهذا الفعل صار قتلا او هو من جملة القتل لان من قتل انسانا لا يمكنه ان يقتله
بجراحة واحدة ظاهرا وغالبا فاذا جرحه جراحات ومات كان الكل قتلا فكان مستحقا واما اذا حز رقبته بعد البرء قال الامام
علاء الدين في طريقة الخلاف فالصحيح انه على هذا الخلاف فيضمنه واما اذا قطع وعفا وسرى فهذا القطع وقع قتلا وكان الطرف مستحقا
في حقه واما اذا قطع وما عفا وما سرى وما برئ لم يتبين انه بغير حق لان ذلك انما يتبين بالبرء وقال الامام علاء الدين
لو قطع وما عفا وبرئ اختلف المشائخ فيه فالصحيح انه على الخلاف والجواب عن مسئلة الاصابع ممنوعة صاحب الاسرار
وقال لا نسلم انه لا يلزم ضمان الاصبع بل يلزمه اذا عفا عن الكف ومن اصحابنا من سلم ذلك وتبرع بالفرق فقال انه الحق
الكف مع الاصابع اصلا لان الاتلاف ورد على الكل مقصودا لان الكف وان كان اصلا في القيام تابع في الغرض والاصابع
وان كانت تبعا في القيام اصل في الغرض وهو البطش علما كان كل منهما اصلا من وجه كان كل منهما مستحقا اصلا من وجه
تبعا من وجه ثم الكف مستحق اصلا فكذا الاصابع بخلاف الطرف مع النفس فانه تابع للنفس من كل وجه فلم يكن مستحقا اصلا فكان
قطع اليد قطعا بغير حق موجب الضمان قوله قال ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس فمات
يضمن دية النفس عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا وليست بمذكورة في البداية فعلى هذا لم
يقع لفظ قال في اول المسئلة مناسبا قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اقتص الرجل من الرجل في عضو او شجة فمات المقتص منه
من ذلك فديته على عاقلة المقتص في قول ابي حنيفة رحمه الله وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء عليه الى هنا لفظ الكافي ووجوب
الدية عند ابي حنيفة استحسان والقياس ان يجب عليه القصاص كذا في المختلف وجه قولهما ان هذا قطع بحق فلا يكون سرايته
مضمونة عليه كما اذا قطع الامام يد السارق في سرقة او يقال هو قطع مأذون شرعا فلا يكون مضمونا عليه اذا سرى كقطع الامام
يد السارق وكما اذا احتجم او فصد او بزغ باذن المحجوم والمفصود والبنت وافضى لانه اذا كان القطع مأذونا او كان بحق لا يوصف
بالتعدي بداية فلا يوصف بالتعدي سراية لان السراية لا تخالف البداية وجه قول ابي حنيفة انه قتل نفسا معصومة بغير حق فيجب
الضمان لان قتل النفس المعصومة موجب للدية او القصاص بالنصوص ولا شك في العصمة وانما الكلام في وقوع الفعل قتلا ودلالته
ظاهرة ايضا لان القتل ازهاق الروح بسبب فعل لا يحتمله النفس وقد حصل هنا ذلك فيكون قتلا لانه اذا قطعه قطعا مؤلما الما
شديدا لا يحتمله النفس يفضي الى تلف النفس لا محالة ولهذا لو كان قطع اليد ظلما من غير قصاص وسرى الى النفس جعل ذلك قتلا موجبا
للقصاص او الدية في حق النفس وكونه قتلا او حقا لا يختلف ذلك بوقوعه حقا او غير حق فاذا ثبت ان هذا القطع حصل قتلا بعد السراية
وجب ضمان القتل لانه حصل بغير حق لان حقه في مجرد القطع لا في القتل وفي المسائل المذكورة انما لم يجب الضمان
بعد السراية لانه مأمور بالفعل اما بالتقليد كما في الامام فانه تقلد الامامة واما بالعقد كما في الفصاد والبزاغ فاذا كان مأمورا
كان الاتيان بالفعل واجبا والواجبات لا تتقيد بشرط السلامة كالرمي الى الحربي وفي مسئلة القود لا التزام ولا وجوب
وكان ذلك قطعا مباحا حقا له فكان متقيدا بشرط السلامة كما في سائر المباحات كالاصطياد والمشي في الطريق بل هذا فوق
ذلك لانه مندوب الترك لقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى وكان متقيدا بشرط السلامة العاقبة فاذا ظهر في عاقبته

انه قتل اخذ به ولكن الدية تجب على العاقلة لانه في معنى الخطأ لانه اراد بهذا القطع استيفاء حقه من القطع ولم يرد به اتلاف
النفس كذا في شرح الكافي والباقي يعلم من نسخ طريقة الخلاف والله تعالى اعلم

باب الشهادة في القتل

ذكر الشهادة بالقتل بعد ما ذكر حكم القتل بنفسه لان الشهادة بالقتل متعلقة به والمقصود منها اثبات القتل فكانت غير مقصودة في
الباب فكان ذكر حكمها بعد ذكر حكمه مناسبا قوله قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغائب فاقام الحاضر البينة على القتل
ثم قدم الغائب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة وقالا لا يعيد وان كان خطأ لم يعدها بالاجماع اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقتل عمدا وله ابنان كبيران احدهما غائب والاخر حاضر فاقام الحاضر البينة
على قاتل ابيه ثم قدم الغائب قال آمره ان يعيد البينة عليه وان كان قتل خطأ لم آمره ان يعيد البينة قال وكذلك الدين
يكون لابيهم على الناس الا كلفه ان يعيد البينة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال في المختلف الابن اذا ادعى دم ابيه على رجل
واخوه غائب واقام البينة انه قتل اباه عمدا قبلت البينة وحبس القاتل فاذا حضر الغائب كلفا جميعا اعادة البينة وقالا لا
يكلفان ذلك وجه قولهما ان القصاص حق الميت لانه عوض عن نفسه ونفسه مملوكة له فكان البدل له ثم ينتقل عنه الى ورثته
ولهذا كانت الدية للمقتول وكذا القصاص اذا انقلب مالا يكون المال للميت حتى يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه ولهذا
كان للمرأة حق في القصاص والمرأة لا تملك شيئا من حق الزوج الا بطريق الوراثة واذا ثبت ان القصاص يثبت
للوارث بطريق الوراثة على معنى انه يثبت للميت اولا ثم ينتقل عنه الى الوارث كان بمنزلة الدين وفيه احد الورثة
ينتصب خصما عن الميت في اثباته ولهذا يحبس القاتل بهذه البينة لان الوارث خصم في اثباته ولهذا اذا ادعى
الدين لم يكلف اعادة البينة بالاتفاق اذا حضر الغائب فكذا اذا ادعى القصاص ولابي حنيفة ان القصاص حق للميت
من وجه وحق للورثة ابتداء من وجه وذلك لانه شرع للتشفي ودرك الثأر وهذا حق الورثة ابتداء من هذا الوجه
لان الميت لا ينتفع به ومن حيث انه بدل النفس حق الميت ولهذا اذا انقلب مالا يقضي منه ديونه وينفذ وصاياه واذا كان
القصاص حقا للورثة من وجه لم يجز ان ينتصب احد الورثة خصما عن الوارث الآخر لانه اثبت حق نفسه لا حق غيره فلا بد
من اعادة البينة للغائب لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت لا عن ولي آخر فلما ثبت ان القصاص حق الميت من وجه
وحق الورثة من وجه ثبت القتل من وجه ايضا والثبوت من وجه اورث التهمة والمتهم يحبس بخلاف الدية فانها حق
الميت من كل وجه لانه ينتفع بها فجاز ان ينتصب احد الورثة خصما عن الميت فلم يحتج الى اعادة البينة قال فخر الاسلام ولا
ان القصاص متى صار مالا صار موروثا لانه انما لا يورث لعدم الفائدة وقد صار ذلك مفيدا وهو كالموصى له بالثلث لا حق
له في القصاص واذا صار مالا وجب له ثلثه لما قلنا قوله ولهذا يسقط بعفوه بعد الجرح اي ولاجل ان الملك في
القصاص للميت يسقط القصاص بعفو الميت قبل موته بعد الجرح قال القدوري في شرح مختصر الكرخي قال اصحابنا اذا عفا
المجروح ثم مات فالقياس ان لا يصح عفوه لان القصاص يثبت للورثة ابتداء لولا ذلك لم يثبت لهم بعد الموت فكانه ابرأ من
حق غيره وانما استحسنوا وجوزوا عفوه لان الحق له وانما يقوم الوارث مقامه في استيفائه واذا اسقط جاز ويكون
من جميع المال لانه حق ليس بمال كالطلاق وقالوا في الوارث اذا عفا عن الجارح قبل موت المجروح فالقياس ان لا يجوز عفوه
لانه عفا عن حق غيره الا ترى ان المريض لو عفا في هذه الحال جاز وانما يثبت الحق للوارث بعد موته فاذا عفا قبل موته
لم يجز كما لو ابرأ من دين الميت قبل موته وانما استحسنوا وقالوا يجوز لان الحق يثبت للورثة عند الجرح لولا ذلك لم يثبت لهم عند

يلزم

الموت

فاذا ابرأ بعد ثبوت سبب الجرح جاز كما لو ابرأ عن الدين المؤجل كذا ذكره التمرتاشي في شرح فصيل باب جناية العبد قوله ولان القصاص
طريقه الخلافة دون الوراثة وقيل في الفرق بينهما هو ان طريق الوراثة ان يثبت الملك للمورث ابتداء ثم للوارث وطريق الخلافة ان يثبت الملك
لمن يخلف ابتداء كالعبد اذا اتهب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك قوله فان كان اقام القاتل
البينة ان الغائب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط القصاص ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قتل رجلا عمدا وله
وليان غاب احد الوليين فاقام القاتل البينة ان الغائب قد عفا قال يكون الشاهد خصما وكذلك عبد بين رجلين اي يكون الحاضر خصما
وذلك لانه يدعي على الحاضر سقوط حقه في القصاص وانقلاب حقه مالا بعفو الغائب فانتصب الحاضر خصما عن نفسه وعن الغائب لانه لا يتمكن من اثبات
سقوط حق الحاضر الا بثبوت العفو من الغائب فصار الغائب مقضيا عليه تبعا للقضاء على الحاضر ولو حضر الغائب لم يعد الشهود لان القضاء نفذ عليه
قال محمد وكذلك عبد بين رجلين يعني قتل العبد عمدا واحد الموليين غائب فادعى القاتل عفو الغائب واقام بينة على ذلك تقبل بينته في الكل
قال في شرح الكافي ولو ادعى عفو الغائب ولم تكن له بينة واراد استحلافه فانه يؤخر حتى يقدم الغائب فيحلف فاذا حلف اقتص منه
ولا يكلف الحاضر لانه يدعي العفو على الغائب والحاضر ليس بخصم في حق نفس العفو فان قيل ان لم يكن خصما في حق نفس العفو فهو خصم في حق
حكمه ولهذا قبلت البينة عليه قلنا نعم ولكن انما قبلنا البينة عليه على تقدير انه يجعل كان الغائب حاضرا لانه ينوب عنه باعتبار
ما يتصل به حكمه وانما يستقيم تقدير النيابة فيما يجري فيه النيابة والبينات مما يجري فيه النيابة اما الاستحلاف فلا يجري فيه النيابة وهذا لانه
لا فائدة في التحليف بطريق النيابة لانه يمتنع ويقول لا علم لي بحال الغائب واذا بان بعذره لا يلزمه القاضي شيئا قال الحاكم الشهيد فان ادعى
بينة حاضرة على العفو اجلته ثلثة ايام فان مضت الثلثة ولم يأت بهم دفعه الى اوليائه قال في شرح الكافي وهذا ليس بحكم مختص بدعوى
العفو بل كل خصم يدعي دفعا ببينة يؤجل مهلا الى المجلس الثاني لانه يحتمل ان الامر كما يقول فاذا ظهر خلافه نفذ الحكم الذي توجه عليه
وقال الحاكم الشهيد وان ادعى بينة غائبة فالقياس ان تقع عليه ويمضي القضاء كما يمضي في المال لان القضاء متوجه عليه فلا
يجوز تأخيره لامر موهوم الا انا استحسن فلا نعجل فيه بل نتثبت ونستأني لا سقاط ما لا مر الدم بخلاف الاموال لان ذلك امر يستدرك
لو وقع فيه الخطأ بخلاف القصاص فانه لا يستدرك فوجب التوقف ما لم يتأخر الى ان يظهر للقاضي كذبه ثم يسلمه الى اولياء القتيل كذا
في شرح الكافي قوله قال فان كان الاولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على الآخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما اي قال في
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قتل عمدا وله اولياء ثلثة فشهد اثنان منهم على صاحبهما انه قد عفا
فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما فان انكر القاتل ما قالا فلا شيء لهما وللولي الآخر ثلث الدية وان صدقهما القاتل فعليه جميع الدية للاولياء الثلثة
اثلاثا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه المسئلة على وجوه اربعة اما ان يصدقهما المشهود عليه والقاتل جميعا واما ان يكذباهما
جميعا واما ان يصدقهما القاتل وحده واما ان يصدقهما المشهود عليه وحده فاما ان صدقاهما جميعا فلا يشكل انه يصير بمنزلة العفو الموجود
فيصير نصيبهما مالا ويبطل نصيب العافي وان كذباهما فلان الشاهدين يبطل نصيبهما وصار نصيب المشهود عليه مالا لان الشاهدين
اقرا ببطلان القصاص ثم ادعيا مالا فقولهما على ابطال القصاص جائز وعلى دعوى المال لا يجوز فصار كانهما عفوا لان بطلان القصاص
ظهر من قبلهما وان صدقهما القاتل وكذبهما المشهود عليه صار كله مالا ويغرم القاتل الدية اثلاثا لانه لما صدقهما فقد اقر لهما بثلثي الدية
فلزم وادعى بطلان حق المشهود عليه فلم يصدق فتحول مالا وان صدقهما المشهود عليه وكذب القاتل لم يصدقوا على القاتل ولا يلزم القاتل الا
ثلث الدية وهو نصيب المشهود عليه لكنه يتحول اليهما لان من زعم المشهود عليه انه قد عفا ولا شيء على القاتل وانما عليه ثلث
الدية دين لهما والذي في يده هو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما وكان القياس ان لا يجب شيء اصلا لانهما

ادعيا مالا والقاتل ينكر حقهما واما القاتل اقر بالثلث للمشهود عليه لانه يقول لم يعف المشهود عليه والمشهود عليه يقول ما اقر به القاتل
لكنه استحسن فاوجب ثلث الدية وصرفه اليهما لان القاتل اقر به على ظن فلما قال المشهود عليه عفوت فكانه اقر ان نصيبه للشاهدين
صار مالا فقد حصل الذي اقر به القاتل للشاهدين فيجوز اقراره بذلك وهذا بمنزلة رجل اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه
الالف ليست لي ولكنها لفلان جاز ذلك وصار الالف لفلان فكذلك ههنا كذا في شرح جامع الصغير قوله لانهما يجران
بشهادتهما الى انفسهما مغنما وليس حق له فشهادتهما باطلة وهذا لان شهادة من يجر المغنم او يدفع المغرم باطلة لكونه متهما
قوله وان كذبهما فلا شيء لهما اي وان كذبهما القاتل وكذبهما المشهود عليه ايضا قوله معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا وفي بعض
النسخ معناه اذا كذبهما القاتل ايضا فعلى تلك النسخة يكون تقدير قوله وان كذبهما اي المشهود عليه والاول صحيح قوله لاقراره
له بذلك اي لاقرار القاتل للمشهود عليه بثلث الدية قوله وما اقر به القاتل للمشهود عليه فقد بطل بتكذيبه وهو من اضافة المصدر الى الفاعل
اي بتكذيب المشهود عليه القاتل في انكار العفو يعني لما صدق المشهود عليه الشاهدين صار تصديقه تكذيبا منه للقاتل في
انكاره العفو يعني لما صدق المشهود عليه الشاهدين صار تصديقه تكذيبا منه للقاتل في انكاره العفو قوله فصار مقرا لهما اي صار
القاتل وهو المشهود عليه بالعفو مقرا للشاهدين بما اقر به القاتل وهو ثلث الدية له اي للغائب قوله قال واذا شهد الشهود
انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود اي قال في الجامع الصغير وذلك لانهم شهدوا بالقتل بالقصد لكن لانه
ليس في وسع الشهود فوق ان يعاينوا الجرح والضرب وان يصير المجروح صاحب فراش لا يزال كذلك حتى يموت
اذ القتل العمد تفسيره ان يضربه عمدا فيموت بسبب ذلك الضرب حتى لو كان يقوم ويذهب في حوائجه بعد الضرب لا تقبل
واذا كان صاحب فراش بذلك الضرب ومات فقد مات بذلك السبب فوجب الحكم به ولم يكلف الشهود فوقه ولكن تأويل المسئلة
فيما اذا شهدوا انه ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء لان في غير ذلك لا يجب القصاص عنده حتى ولا يقال
الضرب بسلاح قد يكون خطأ فكيف يجب القود لانا نقول لما شهدوا انه ضربه بسلاح ثبت العمد لا محالة لانه لو كان خطأ لقالوا
انه قصد غيره فاصابه وقال في شرح الكافي ولا ينبغي ان يسأل الشهود انه مات بذلك ام لا وكذلك هذا في الخطأ لانهم متى شهدوا
على هذا الوجه فقد شهدوا بالقتل فان القتل اسم لفعل مفض الى تلف النفس عادة وقد شهدوا به حيث قالوا لم يزل صاحب فراش حتى مات
وهذا لان الموت لما وجد عقيب سبب صالح يضاف اليه ولا يضاف الى شيء آخر اذا لم يكن في الظاهر سبب آخر وان احتمل سببا آخر في
الباطن ولكن الاحتمال بخلاف الظاهر لا يعتبر في الاحكام وكذلك اذا شهدوا انه ضربه بالسيف حتى مات ولم يزيدوا على ذلك لانهم
قد ذكروا سببا صالحا واخبروا انه مات عقيبه فصارت الشهادة شهادة بالقتل وكذلك ان لم يذكروا وان لم يذكروا العمد لان العمد هو
القصد بالقلب وهو امر باطن لا يوقف عليه ولكن يعرف بدليله وهو الضرب بآلة قاتلة عادة وشهدوا انه قتله عمدا وانه مات به فهو اوجه
كذا في شرح الطحاوي لشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي قوله قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او
في الذي كان به القتل فهو باطل اي قال في الجامع الصغير ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل قتل وليه عمدا فشهد شاهدان قال ان اختلفا في الايام او في البلدان او في الذي قتله به لم تجز شهادتهما وقال ايضا فيه عن
ابي حنيفة رح في رجل ادعى على رجل انه قتل وليه فشهد له شاهد انه قتله بالسيف وشهد آخر انه قتله بالعصا قال هو باطل وان شهد شاهد
انه قتله بالعصا وقال الآخر انه قتله ولا ادري بأي شيء قتله قال هو باطل وقال الحاكم الشهيد في الكافي ولو شهد احدهما انه قتله بسيف
وشهد الآخر انه طعنه برمح او شهد احدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه رماه بسهم او اختلفا في مكان القتل او وقته او موضع الجراحة من بدنه

فالشهادة باطلة وذلك لان القتل ليس مما يعاد ولا يكرر فالموجود في مكان او زمان غير الموجود في مكان آخر او زمان آخر فاذا كان
كذلك لم يوجد الاتفاق من الشاهدين على قتل واحد فلم تقبل شهادتهما كذلك وكذا القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة لان القتل بسلاح
يوجب القصاص وبغير سلاح يوجب الدية واذا اختلف حكمهما كانا غيرين فلم يثبت واحد منهما وكذلك فعل القتل يختلف باختلاف موضع
الجرح وكذلك اذا شهد احدهما بالة والآخر لا ادري باي شيء قتله لان احدهما شهد بقتل معلوم لا يوجب القصاص قطعا والآخر بقتل مجهول
فلم يتفقا على قتل واحد كذا في شروح الجامع الصغير قوله قال وان شهدا انه قتله لا ندري باي شيء قتله ففيه الدية اي قال في الجامع
الصغير وصورتها فيه عن ابي حنيفة في الشاهدين قالا نشهد انه قتله ولا ندري باي شيء قتله قال اقضي عليه بالدية الى هنا لفظ
اصل الجامع الصغير وذكر في الاصل انه استحسان وكان القياس ان لا يقبل الشهادة وجه القياس ان هذا غفلة من الشاهدين
فلا تقبل شهادتهما ولانه يحمل الاختلاف ايضا لانهما لو فسرا احتمل ان كل واحد منهما فسر بخلاف ما فسره الآخر بان يقول احدهما قتله
بالسيف والآخر قتله بالعصا وجه الاستحسان انهما شهدا بالقتل المطلق ولم يظهر منهما الاختلاف في الظاهر فتقبل شهادتهما لاتفاقهما ولكن
يقضى بادنى موجبي القتل وهو الدية لانه متيقن ويبطل القصاص لكن تجب الدية في ماله لان مطلق القتل في الاصل عمد ولا تجب على العاقلة
بالشك ويحمل اجمال الشاهدين على درء القصاص دون الجهل احسانا للظن بهما لان الشرع اطلق في الكذب في اصلاح ذات البين
قال عليه الصلوة ليس بكذاب من اصلح بين اثنين فقال خيرا او نمى خيرا وليس كذلك اذا شهد احدهما انه قتله بالسيف وشهد الآخر انه
قتله بالعصا حيث لا تقبل الشهادة لان ثمة ثبت الاختلاف في الظاهر فلا يحمل فعل الآخر على الاول فتعين الجهل بينهما
فبخلافه قوله والمطلق ليس بمجمل وذلك لان المطلق يمكن العمل به قبل البيان كما في قوله تعالى فتحرير رقبة والمجمل لا يمكن العمل به الا بعد البيان
من جهة المجمل لكونه مجهولا قوله ولانه يحمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه اي يحمل ابهام الشهود في الشهادة بقولهم
لا ندري باي شيء قتله على احسانهم بالمشهود عليه وهو القاتل حتى لا يجب عليه القصاص لا على الكذب ولا على الجهل حسبة للستر على
القاتل فيحمل قولهم لا ندري على ... قوله او لو اكذبهم في نفي العلم ظاهر ما ورد باطلاقه وهو نصب بنزع الخافض اي بظاهر ما
ورد من الحديث باطلاقه اي بتجويز الكذب في قوله عليه الصلوة والسلام ليس بكذاب من اصلح بين اثنين وهذا في معناه
اي ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل في معنى اصلاح ذات البين لان العفو مندوب اليه بقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى كما
الاصلاح مندوب اليه فكان تجويز الكذب فيه تجويزا لهما قوله قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال
الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الاصل في باب الاقرار ان المقر له اذا كذب المقر
في بعض اقراره لا يبطل اقراره فيما بقي ولو كذب الشهود في بعض الشهادة بطلت الشهادة فيما بقي مثال ذلك ان رجلا لو اقر لرجل
بالف درهم فقال المقر له ليس لي عليك الا خمسون كان للمقر له ان ياخذ منه خمسين ولو شهد شاهدان على رجل بالف فقال المشهود له
ليس لي عليك الا خمسون درهما بطلت الشهادة في الكل لانه لما اكذب الشاهدين في بعض الشهادة دل على ان الشاهد كاذب
متهم وشهادة المتهم باطلة واقرار المتهم جائز واذا عرفت هذا فنقول في هذه المسئلة اذا اقر كل واحد منهما بالقتل فقد اقر كل واحد
منهما باتلاف جميع النفس وقد صدق كل واحد منهما في اتلاف بعض النفس والقصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل
فلهذا كان له ان يقتلهما واما في الشهادة لما اكذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل ولو لم يقل كذا الكما قتلتماه
ولكن قال صدقتما بطل القصاص في الوجهين جميعا سواء كان اقرارا او شهادة وهذا الحرف ذكر في كتاب الاقرار ولم يذكر ههنا
وانما صار هكذا لانه لما قال صدقتما صار كانه قال لكل واحد منهما صدقت انت الذي قتلته وحدك فكان فيه تصديق كل واحد منهما

تكذيب الآخر كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير منهما اي من الاقرار والشهادة في بعض ما اقر به فيه لان تكذيب
المقر له في كل ما اقر به المقر مبطل للاقرار

باب في اعتبار حالة القتل

قيل لما كانت الاحوال صفات تعتري الذات الحال بعد وجودها ذكر احوال القتل بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به قوله قال ومن رمى
مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله تعالى ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه اي قال في الجامع الصغير
وصورتها محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رمى رجلا والمرمي اليه مسلم ثم ارتد قبل ان يقع السهم به ثم وقع به السهم وهو مرتد
فمات قال الدية على الرامي لورثة المرتد وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء على الرامي وان رمى وهو مرتد فوقع به السهم بعدما اسلم
لم يكن على الرامي شيء في قولهم جميعا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه من الخواص وجه قولهما ان التلف حصل في محل غير معصوم
والاتلاف غير معصوم هدر فصار كما لو وجد ثم ارتد ثم مات ولانه لما مات بالارتداد اخرج نفسه عن التقوم فيصير مبريا اياه
عن الجناية ولو ابراه عن الجناية او عن حقه ثم اصابه السهم لا شيء عليه فكذلك ههنا ولابي حنيفة ان الانسان انما يؤاخذ بفعله وفعله
الرمي فيعتبر قاتلا من وقت الرمي ولهذا لو كانت الجناية خطأ فكفر قبل الاصابة يصح تكفيره وكذلك لو رمى مسلم الى صيد
ثم ارتد والعياذ بالله واصاب الصيد وهو مرتد فجرحه ومات يوكل ويعتبر قاتلا من وقت الرمي ولو كان مجوسيا فرمى
الى صيد ثم اسلم قبل الاصابة ثم اصابه فجرحه ومات لا يحل اكله لان المعتبر وقت الرمي ووقت الرمي كان مجوسيا وكذلك ارسال الكلب
على هذا التفصيل فهذه المسائل تدل على ان الرامي يعتبر قاتلا من وقت الرمي والمقتول يعتبر مقتولا من وقت الرمي والمقتول كان مسلما
من وقت الرمي الا انه لا يجب القصاص لان اعتبار حالة التلف يورث شبهة فيه والقصاص لا يستوفى مع الشبهة وما قالا
انه بالارتداد صار مبريا اياه عن ضمان الجناية لا يصح لان عنده الردة لا تبطل التقوم فكيف يكون مبريا عن ضمان الجناية
كذا ذكر فخر الدين قاضي خان قوله ولو رمى اليه وهو مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا
فاسلم ولفظ محمد في المسئلة الاولى ذكرناه قبل هذا واما في المسئلة الثانية فقال محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة
في رجل رمى حربيا ثم اسلم الحربي ثم وقع به السهم بعدما اسلم قال ليس على الرامي شيء في قولهم جميعا الى هنا لفظ محمد وهذه
ايضا من الخواص وذلك لان المعتبر عند ابي حنيفة حالة الرمي ووقت الرمي لم يكن متقوما لعدم العصمة لكونه مرتدا او حربيا فكان
نفسه هدرا واما عندهما فلان فعله وقت الرمي وقع هدرا باعتبار الظاهر فلا ينقلب معتبرا ولان قتل الحربي والمرتد
مامور به فلو اعتبر حالة الاصابة لامتنع الناس عن قتلهم فسقط اعتبار وقت الاصابة في حقهم لمكان الفرق بخلاف ما
اذا كان مسلما وقت الرمي اذ لا ضرورة ثمة قوله قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة
وقال محمد فضل ما بين قيمته مرميا الى قيمته غير مرمي اي قال في الجامع الصغير وهذه من الخواص ايضا قال فخر الاسلام البزدوي في
شرح الجامع الصغير وقول ابي يوسف كقول ابي حنيفة روي عنه كذلك وقال زفر عليه الدية قالوا في تفسير قول محمد انه ينظر بكم يشترى
لو لم يكن ذلك الرمي وبكم يشترى في تلك الحالة فيجب فضل ما بينهما بيانه ان قيمته ان كانت قبل الرمي الف درهم وبعد الرمي
تسعمائة يلزمه مائة درهم وجه قول زفر ان الرمي انما صار علة عند الاصابة لان الاتلاف لا يكون بلا تلف فيتصل بالمحل وحين اتصل
التلف به كان حرا لا عبدا فكان اتلافا للحر لا للعبد فكيف يجب قيمة العبد بلا تلف ولا يصح ان يجعل الاعتاق قاطعا للسراية
لان سراية الفعل لا تكون قبل اتصال اثره بمحل السراية ولم يوجد ولم يوجد وقوعه الا بعد الاعتاق فلم يؤثر في حكم الاعتاق
وجه قول محمد ان توجه السهم عليه يوجب اشرافه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ولو جرحه ثم اعتقه مولاه تقطع السراية كذا هنا

الدية ولا القيمة وانما يضمن النقصان فكذلك ههنا والدليل على ان الاعتاق يبطل سراية الجناية ما قال الصدر الشهيد
في شرحه ان من قطع يد عبد انسان خطأ ثم اعتقه مولاه ثم مات ثم يجب عليه قيمة النفس وانما يجب عليه ارش اليد مع النقصان
الذي نقصه القطع الى ان عتق دل على ان العتق يبطل سراية الجناية ولابي حنيفة وابي يوسف ان الرامي يصير قاتلا بفعله
الذي هو الرمي وصار كانه اصابه السهم في ذلك الوقت وحينئذ كان المرمي اليه عبدا فيجب قيمته للمولى وبالرمي الا
ترى ان رجلا لو كان مولى لرجل من الموالاة فرمى رجلا ثم تحول ولاؤه الى غيره فالضمان على مولاه الاول ولا
يجب على الآخر شيء فكذلك ههنا وكذلك مسلم رمى سهما الى صيد ثم ارتد والعياذ بالله ثم وقع السهم به فقتله حل
الصيد فكذا ههنا وليس الرمي كالجرح الذي قاسه عليه محمد لوجود الفارق بينهما لان الجرح يحصل به تلف بعض المحل وحينئذ
كان المحل للمولى فيجب الضمان للمولى ايضا ثم بعد سراية الجرح الى النفس لو وجب الضمان لوجب للعبد لانه حينئذ معتق وذلك
متعذر لكون الانتهاء مخالفا للابتداء لانه ينزل منزلة تبدل المحل حقيقة وعند تبدل المحل انمحى السراية واما الرمي قبل
اتصال السهم بالمحل فلم يحصل به اتلاف اصلا فلم يجب للرمي حين وجوده ضمان فلم يلزم مخالفة الانتهاء الابتداء واما انقلب
الرمي علة للاتلاف عند الاتصال بالمحل بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي وكانه وجد من ذلك الوقت فلم يلزم
المخالفة فلم يعتبر العتق قاطعا لسراية الرمي لعدم المخالفة ثم ابو حنيفة مر في هذه المسئلة على اصله وابو يوسف بين هذه المسئلة
وبين ما تقدم ووجه الفرق ان المعترض ثمة هو الردة وهي مبطلة عصمة المحل فلا يلزمه شيء اما ههنا فالمعترض هو الاعتاق
والعتق لا يبطل عصمة المحل بل يؤكدها الا انه لا يلزمه الدية لان الرمي وقع موجبا ضمان القيمة والاعتبار وقت الاصابة
يوجب الدية فلا يلزمه الزيادة بالشك وقد ذكر الفقيه ابو الليث قول ابي يوسف ومحمد في شرح الجامع الصغير
في مسئلة الاعتاق بعد الرمي وذكر فخر الاسلام في شرحه قوله مع قول ابي حنيفة قوله قال ومن قضي عليه بالرجم فرماه
رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه قال اذا قضى القاضي على رجل بالرجم فرماه رجل بحجر ثم رجع احد الشهود ثم وقع به الحجر بعد ذلك قال ليس
على الرامي شيء الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه من الخواص ايضا اما عند ابي حنيفة فلان اصل الفعل مباح فالاعتبار لحالة الرمي عنده فوقع هدرا ولكن يجب الضمان على الراجع ان رجعوا جميعا فعليهم الدية وان رجع واحد
فعليه ربع الدية واما عندهما فلان هذا الفعل لما وقع هدرا لم ينقلب معتبرا الا ان الاصل عندهما انه اذا وقع معتبرا
ثم بطلت عصمته يبطل الضمان واذا وقع هدرا ثم صار متقوما لا ينقلب معتبرا قوله واذا رمى مجوسي صيدا ثم اسلم
ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل وهذه من مسائل الجامع الصغير
معروفة في كتاب الصيد وذلك لان المعتبر حالة الرمي فلا يعتبر التغير بعد ذلك فحرم الصيد في الاولى وحل في
الثانية قوله وانقلابها عنده اي يعتبر انسلاب الاهلية عند الرمي قوله ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية
بالصيد فعليه الجزاء وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه وهذه من مسائل الجامع الصغير
قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وفي هذا الفصل اعتبر حال الرمي بالاجماع لان
هذا راجع الى اهلية الفاعل فاعتبر عند وجود فعله فاما ما يرجع الى المحل فيعتبر عند اتصاله بمحله ولهذا قال
اصحابنا في كتاب المناسك في رجل محرم رمى صيدا في الحل فدخل الصيد في الحرم ثم اصابه السهم فقتله

ان عليه الجزاء ولو ارسل كلبه على صيد في الحل والمرسل في الحل فادخله الحرم ثم قتله لا جزاء عليه لان فعل الكلب
مضاف الى الذي ارسله والعلة قد تمت في حقه فهدر هذا المعترض كما هدر الكفر الحادث في مسئلة الصيد
نفر الصيد مضاف الى الصيد والعلة لم توجد في حقه فلم يهدر

تم كتاب الجنايات بتوفيق الله تعالى واسعاده
ويتلوه في الدفتر الاخير كتاب الديات
ان شاء الله تعالى
الحمد لله اولا
واخرا

مناسبة الجنايات بالرهن من حيث الحكم لان حكم الرهن هو صيانة الدين عن التوى والهلاك ثم الرهن فكذا الحكم الجناية صيانة النفس عن هلاكها الا ترى الى قوله تعالى {ولكم} في القصاص حياة ولكن قدم الرهن لانه مشروع بالكتاب

والسنة بخلاف الجناية فانها محظورة لانها عبارة عما ليس للانسان فعله وكل ما لا يجوز فعله اذا فعل يسمى جناية سواء وقع على النفس او على المال الا انه اختص هذا الاسم بعرف اهل الشرع بما وقع على الانفس وسمي جناية وما وقع على المال يسمى غصبا وللعرف عبرة في تخصيص الاسامي وانما قدم كتاب الجنايات على كتاب الديات لان الجناية سبب الدية والحكم يعقبه لا محالة وتقدم محمد في الاصل كتاب الديات على كتاب الجنايات وكذلك فعل الكرخي في مختصره لانه اراد ان يبين احكام الجنايات والحكم هو المقصود من السبب قوله قال القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطاء وما اجري مجرى الخطاء والقتل بسبب اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه قال والعمد ما تعمد فيه ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء كالمحدد من الحجر والخشب والنار وبيان كل ذلك يجي بعد هذا في المتن قال صاحب الهداية والمراد بيان قتل تتعلق به الاحكام يعني ان المراد من القتل ما اذا وجد ترتب عليه حكم كالقصاص والدية والكفارة وحرمان الارث وانما قيد بهذا لان القتل قد يوجد اكثر مما ذكر ولا يترتب عليه شي من الاحكام المذكورة كقتل المرتد والقتل قصاصا والقتل رجما والقتل صلبا كما في قطاع الطريق وقتل الحربي ثم القتل عبارة عن ازهاق الروح بفعل شخص كان ازهاق الروح بلا فعل مخلوق سمي ذلك موتا وقد قال في الاصل ان القتل على ثلاثة اوجه عمد وشبه عمد وخطاء ونقل الشيخ ابو جعفر الطحاوي في مختصره والشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره بهذه العبارة وقال القدوري في شرحه وكان ابو بكر الرازي يقول القتل على خمسة اوجه عمد وشبه عمد وخطاء وما اجري مجرى الخطاء ونوع ليس بعمد ولا خطاء ولا اجري مجرى الخطاء وتبعه

ثم علامة السلاح ... الدم ... الإتلاف

القدوري في مختصره في تقسيمه على خمسة وصاحب النافع قال القتل على اربعة
اوجه عمد وشبه عمد وخطاء والقتل بالتسبيب ولم يذكر ما اجري مجرى الخطاء لان
حكمه حكم الخطاء فلم يفرد له نوعا قوله قال فالعمد ما تعمد فيه ضربه
بسلاح او ما اجري مجرى السلاح كالمحدد من الخشب وليطة القصب والمروة المحددة
والنار ه ليطة القصب قشره والمروة واحدة المرو وهي حجارة رقاق بيض
وانما فسر العمد بذلك لان المراد من العمد القصد الى القتل وهو ازالة الحيوة
وهي غير محسوسة لا يمكن معرفتها الا بدليلها لكونها باطنا فاقيم القصد
اليها بدليل الازالة وهو استعمال الالة الجارحة العاملة في الظاهر والباطن
عادة مقامها فيعرف عند ذلك كونه متعمدا للقتل قال في شرح الطحاوي
فالعمد ما تعمد قتله بالحديد كالسكين والسيف او ما كان من الحديد سواء كان
له حدة يبضع بضعا او ليس له حدة ولكن يرض رضا كالعمود وسنجات الميزان
وغيرهما او طعن بالرمح او بالابرة او بالاشفى بعد ان يقع عليه اسم الحديد سواء
كان الغالب عليه الهلاك او لم يكن لان الحديد منصوص عليه
لقول النبي صلى الله عليه وسلم لا قود الا بالسيف وفي رواية لا قود الا بالسلاح
وفي رواية لا قود الا بالحديد والمنصوص عليه لا يعتبر فيه المعنى وكذلك
ما كان من جنس الحديد مثل الصفر والرصاص والذهب والفضة والنحاس والانك
سواء قتله بضعا او رضا وما كان من غير جنس الحديد ان عمل عمل الحديد فهو عمد
والا فلا كما اذا حرقه بالنار فهو عمد لانها تعمل عمله لانها تشق الجلد وكذلك ما
له حد يعمل عمل السيف كالزجاج وليطة القصب وحجر له حد ما يبضع بضعا او يطعن
بخشب له حد مما يجرح فهذا يعمل عمل الحديد فهو عمد الى هنا لفظ شرح الطحاوي وقال
فخر الدين قاضي خان في فتاواه وظاهر الرواية في الحديد وما اشبه الحديد كالنحاس وغيره

لا يشترط الجرح لوجوب القصاص وقال في الاجناس ذكر في الشروط
الكبير لابي جعفر الطحاوي انه لا قصاص في العمود من الحديد لانه لا يجرحه
قوله وموجب ذلك المأثم ه هذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه
فيه والقود الا ان يعفو الاولياء ولا كفارة فيه الى هنا لفظ المختصر اما
وجوب الاثم بالقتل العمد فلقوله تعالى ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه جهنم خالدا
فيها قال صاحب الهداية وقد نطق به غير واحد من السنة بيانه
فيما حدث صاحب صحيح البخاري والسنن مسندا الى عمرو بن شرحبيل قال
قال عبد الله قال رجل يا رسول الله اي الذنب اكبر عند الله قال ان تدعو لله ندا
وهو خلقك قال ثم اي قال ان تقتل ولدك خشية ان يطعم معك قال ثم اي
قال ان تزاني حليلة جارك فانزل الله تصديقها والذين لا يدعون مع الله الها
آخر ولا يقتلون النفس التي حرم الله الا بالحق ولا يزنون الاية وحدث
البخاري ايضا باسناده الى انس بن مالك رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم
قال اكبر الكباير الاشراك بالله وقتل النفس وعقوق الوالدين وقول الزور او قال
شهادة الزور وحدث البخاري ايضا باسناده الى عبد الله بن عمر رضي الله
عنهما عن النبي صلى الله عليه وسلم قال لا ترجعوا بعدي كفارا يضرب بعضكم رقاب
بعض وحدث البخاري ايضا باسناده الى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال
قال رسول الله صلى الله عليه وسلم لن يزال المومن في فسحة من دينه ما لم يصب دما
حراما وحدث البخاري ايضا باسناده الى ابن عمر رضي الله عنهما انه قال
من ورطات الامور التي لا مخرج لمن اوقع نفسه فيها سفك الدم الحرام بغير حله ه
واما وجوب القصاص فلقوله تعالى يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم القصاص في
القتلى ه وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس ه وقوله تعالى ولكم في

القصاص حيوة ۝ وشرايع من قبلنا تلزمنا على انه شريعة رسولنا ما لم يثبت نسخها ۝
وقال تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ۝ والسلطان القتل
بدلالة قوله تعالى فلا يسرف في القتل ۝ وانما قيدناه بالعمد وان كان النصوص
مطلقة لان القصاص عقوبة محضة يجب ان يكون سببها ايضا جناية محضة وهو
العمد وهذا لان الخطاء فيه معنى الاباحة او لقوله عليه السلام العمد قود
اي حكم العمد قود قوله لا شرع لها دون ذلك ۝ اي لا شرع ثابت
للعقوبة التناهية دون الجناية المتكاملة وتكامل الجناية بالعمد لا بالخطاء ۝
قوله الا ان يعفو الاولياء او يصطلحوا ۝ استثناء من قوله وموجب
ذلك المأثم والقود يعني ان حكم العمد الاثم والقصاص الا اذا عفا اولياء
القتيل عن القصاص او يصالحوا على مال فحينئذ يسقط القصاص لان الحق لهم فلهم
ان يتصرفوا فيه عفوا وصلحا والاصل فيه قوله تعالى فمن عفي له من
اخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان ۝ اختلف في تاويل قوله
فمن قال بعضهم من كناية عن القاتل ۝ وكذلك قوله عفي له ۝ اي عنه فمعناه
اذا عفي الولي عن القاتل فليتبع باخذ الدية بالمعروف شاء القاتل او ابى وليؤد
القاتل الدية اليه باحسان ۝ وقوله فاتباع بالمعروف واداء مصدر بمعنى الامر
اي فليتبع وليؤد كقوله تعالى فضرب الرقاب بمعنى فاضربوا الرقاب وقد تعلق
الشافعي بهذا التاويل واحتج بما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ان
رجلا اختصم في قاتل اخيه فقال اتعفو عنه فقال لا فقال اتاخذ الدية قال لا قال
اتقتله قال نعم عرض عليه الدية ولو كان غير حقه لم يعرض عليه وعنه
عليه السلام ولي القتيل بالخيار بين قتل واخذ الدية وقال بعضهم
تاويل قوله فمن عفي له من اخيه شيء هو الولي دون القاتل لانه قال فمن عفي له

والقاتل هو المعفو عنه فاما المعفو له فهو الولي ولانه قال فاتباع بالمعروف
اي فليتبع وهذا امر دخل تحت كلمة من والقاتل لا يتبع اصلا بل هو المتبع وانما الو لي
فدلت على ان المراد من الداخل تحت كلمة من هو الولي معناه فمن بذل له واعطي
من اخيه شيء بطريق الفضل والسهولة فاتباع بالمعروف ويجوز استعمال لفظ العفو بمعنى
البذل والاعطاء لغة على ما قيل خذ ما اتاك عفوا صفوا اي فضلا وهكذا
عن ابن عباس رضي الله عنهما في تاويل فمن عفي له اي اعطي قال الامام
ابو منصور الماتريدي وهذا التاويل هو الصحيح عندنا والواجب هو القود بطر يق
التعيين في قتل العمد فان صدر الاية يدل عليه وهو قوله تعالى كتب عليكم
القصاص اخبر ان المكتوب والمحكوم عليه هو القصاص فلو كان له الخيار
بين القصاص والعفو واخذ الدية من القاتل شاء او ابى لم يكن القصاص مكتوبا
عليه انما المكتوب عليه احدها كما في كفارة اليمين ۝ وكذلك لا يقال ان المكتوب
عليه هو الاعتاق بل احد الثلثة فلما ثبت القصاص دل ان اخذ الدية كالخلف
عليه ولقوله عليه السلام العمد قود الا ان يعفو وعنه الا ان يفادي
والمفاداة فعل من اثنين فهذا يقتضي ان لا يجوز الاخذ الا عن تراض واصطلاح
منهما جميعا كذا في شرح التاويلات وقوله تعالى ذلك تخفيف من ربكم
ورحمة فيه اباحة العفو واباحة اخذ المال بطريق الصلح بخلاف ما هو في
حكم التورية والانجيل فانه قيل كان في التورية القتل لا غير وفي الانجيل
العفو بغير بدل ويحتمل ان كان العفو في التورية مشروعا والقتل مشروعا
عرفنا ذلك باخبار الله تعالى في كتابنا بقوله وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس
الى قوله فمن تصدق به فهو كفارة له ۝ اي من عفا ذلك ان العفو كان مشروعا
في التورية ويحتمل ان الامر كما قيل ان العفو فيها غير مشروع ويكون قوله تعالى

وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس اخبارا ان القود شرع لنا ولغيرنا وتمام
الاخبار الى قوله تعالى والجروح قصاص ويكون قوله تعالى فمن تصدق به فهو
كفارة له بيان ابتداء لشرع العفو في شريعتنا على الخصوص لا نباء عن الاخبار
عن شريعتهم والله اعلم كذا في شرح التاويلات ثم انما يجب القصاص
في العمد اذا كان القاتل من اهل العقوبة بان يكون عاقلا بالغا مخاطبا
مسلما كان او كافرا ذكرا كان او انثى حرا كان او عبدا والمقتول
معصوم الدم عصمة ابدية وليس بينهما شبهة ملك ولا شبهة الولادة اي
لا يكون ولده وان سفل وان لا يكون مملوكه فانه يجب على القاتل القصاص
ويقتص بالسيف ولا يقتل بما قتله لان المماثلة في القصاص ليس بشرط عندنا وعند
الشافعي يقتل بما قتله كذا في شرح الطحاوي ومن احكام العمد
ايضا حرمان الميراث لقوله عليه السلام لا ميراث لقاتل وقال عليه
السلام لا ميراث لقاتل بعد صاحب البقرة قوله ثم هو واجب عينا
اي القود قوله وهو احد قولي الشافعي اي وجوب القصاص عينا
قوله لانه اي لان رب المال قوله بدون رضاه اي رضا
القاتل قوله ما تلونا من الكتاب اراد به قوله تعالى يا ايها الذين
امنوا كتب عليكم القصاص في القتلى وبيانه من قبل هذا قوله وروينا
من السنة اراد به قوله عليه السلام العمد قود قوله وفيه مصلحة
الاحياء زجرا او جبرا اي في القصاص مصلحة الاحياء شرعا واستيفاء قال
تعالى ولكم في القصاص حيوة اي في شرعه سلم نفس المقتول لان القاتل
يمتنع عن القتل خوفا عن القصاص وكذا في استيفائه لانه لو لم يقتص منه ربما يقتل
اولياء القتيل ايضا خوفا ان يقتلوه فاذا استوفي القصاص سلم انفسهم والحاصل

ان القصاص شرع جبرا للفائت وانه يقتضي المماثلة ولا مماثلة بين الادمي والمال
فلا يتحقق معنى الجبر بالمال ولكن حالة الخطاء لما لم يجب القصاص لشبهة الاباحة
في الفعل ورد الشرع بايجاب المال تعظيما لامر الدم وصونا عن الهدر فلم يدل
ذلك على ان الضمان الاصلي ليس بالقصاص قوله ولا يتيقن بعدم قصد
الولي بعد اخذ المال اي بعدم قصد الولي لقتل القاتل بعد ما اخذ الدية يعني
يجوز ان ياخذ الولي المال من القاتل بغير رضاه ثم يقتله وهذا جواب
عما قال الشافعي ان المال تعين مدفعا للهلاك قوله ولا كفارة فيه
اي في العمد وهذا عندنا وقال الشافعي تجب الكفارة فيه قياسا على
الخطاء والجامع ان في النفس حقين حق الشرع وحق العبد فالاول مضمون
بالكفارة والثاني مضمون بالدية او القصاص ولان التكفير للتطهير
عن الذنب والحاجة الى التطهير في العمد اكثر من الحاجة اليه في الخطاء فكان
العمد احق بايجاب التكفير ولنا ان القتل كبيرة محضة بصريح الحديث الذي
ذكرناه في اول كتاب الجنايات والكبيرة المحضة التي ليس فيها معنى الاباحة
لا تصلح ان تكون سببا للكفارة التي فيها معنى العبادة لان الاعتاق والصوم
عبادة بخلاف الخطاء فان فيه معنى الاباحة ولان الخطاء ادنى جناية
من العمد لا محالة والشيء اذا كان رافعا للادنى لا يلزم ان يكون رافعا للاعلى
فلا تشرع الكفارة في العمد ولان الله عز وجل ذكر العمد وحكمه
والخطاء وحكمه وبين الكفارة في احدهما دون الاخر فلو كانت واجبة في العمد
لوجوبها في الخطاء لبينها ولا يجوز ان يقال اكتفى بذكرها في الخطاء لان
الله تعالى ذكر انواع القتل الموجب للكفارة وكرر الكفارة في كل قتل فذكر قتل
المؤمن في دار الاسلام والمعاهد والمسلم في دار الحرب ولم يكتف بذكر الكفارة

عن

في بعض المواضع بعض فلو كانت واجبة في العمد لم يكتف بذكرها في الخطاء ببيانه
في قوله تعالى وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا الا خطاء ومن قتل مؤمنا خطاء
فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله الا ان يصدقوا فان كان من قوم
عدو لكم وهو مؤمن فتحرير رقبة مؤمنة وان كان من قوم بينكم وبينهم
ميثاق فدية مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد فصيام شهرين
متتابعين توبة من الله وكان الله عليما حكيما ○ ومن يقتل مؤمنا متعمدا فجزاؤه
جهنم خالدا فيها وغضب الله عليه ولعنه واعد له عذابا عظيما ○ وقوله
تعالى وما كان لمؤمن ان يقتل مؤمنا ○ اي ابتداء غير قصاص ○ الا خطاء ○ اي
الا على وجه الخطاء ○ ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ○ اي فعليه
اعتاق رقبة مسلم ذكرا كان او انثى كفارة لذلك حقا لله عز وجل ○ ودية
مسلمة الى اهله ○ اي مؤداة الى اولياء القتيل وهم ورثته ○ الا ان يصدقوا ○
اي الا ان يتصدقوا عليه بالدية ومعناه العفو ○ فان كان من قوم عدو لكم ○
اي ان كان المقتول من قوم اعداء لكم والعدو جمع لقوله تعالى هم العدو ○ فتحرير
رقبة مؤمنة ○ يعني اذا اسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر الينا فقتله مسلم
فلا قصاص فيه ولا دية وفيه الكفارة لا غير والشافعي حمل الاية
على مؤمن اختلط باهل الحرب فرمى المسلم اهل الحرب فاصابه لم يعينه لانه بالاختلاط
باهل الحرب اسقط حق نفسه قال صاحب التفسير هذا لا يستقيم لانه قال
من قوم عدو لكم وذاك لا يكون منهم بل يكون فيهم فالمحمل الصحيح ما قلنا
وهو قول المفسرين ○ وان كان من قوم بينكم وبينهم ميثاق ○ اي ان كان
المقتول ذميا فحكمه حكم المسلمين تجب فيه الدية والكفارة لقوله تعالى فدية
مسلمة الى اهله وتحرير رقبة مؤمنة فمن لم يجد ○ اي الرقبة المؤمنة ○ فصيام شهرين

متتابعين ○ اي فعليه ذلك بدلا عن التحرير ○ توبة من الله ○ اي قبولا من الله ورحمة
من تاب عليه اذا قبل توبته يعني شرع ذلك توبة منه ○ او نقل الحكم من الرقبة الى
الصوم توبة منه ○ وكان الله عليما ○ اي عالما بالقاتل انه عامد او مخطئ وعالم
بتكفيره انه ينوي به التوبة او الاصرار ○ حكيما في شرع هذه الاحكام ○ ومن
يقتل مؤمنا متعمدا ○ اي قاصدا قتله لايمانه وهو كفر وقيل اي قتله وهو مستحلا
مستحل لقتله وهو كفر ايضا ○ فجزاؤه جهنم اي هو جزاؤه وفيه اشارة الى
ان الكفارة لا تجب فيه لانه تعالى جعل جزاءه جهنم لا غير لا يقال
يلزمكم وجوب القصاص لانا نقول ذاك عرف باية اخرى وهي قوله
تعالى كتب عليكم القصاص ولانه مال متعلق بقتل الخطاء فلا يجب في
قتل العمد كالدية ○ وغضب الله عليه اي انتقم منه فان قيل الدية
بدل عن النفس والقصاص بدل عنها ايضا ولا يجوز اجتماع بدلين عن مبدل وا حد
والكفارة ليست ببدل عن النفس فيجوز جمعها مع القصاص كما يجوز مع الدية
قلنا يبطل علته الاصل بالجماعة اذا قتلوا واحدا عمدا فكل واحد بدل
عنه فقد اجتمع ابدال عن مبدل واحد وفي مسئلتنا وان لم تكن الكفارة بدلا
عن النفس الا ان احدهما ينافي الاخر لان القصاص يسقط مع الشبهة والكفارة
تثبت مع الشبهة ولا يجوز اجتماع المتنافيين كالحد والمهر في المطاوعة
قالوا قتل ادمي مضمون فيتعلق به الكفارة كقتل الخطاء قلنا
ينتقض بما اذا قتل من عليه القصاص فانه قتل ادمي مضمون ولا تجب به الكفارة
يدل على انه مضمون هو انه قتل في مقابلة قتل وعوض عنه كالمبيع مع الثمن
قالوا قتل يوجب حرمان الميراث فيتعلق به الكفارة كالخطاء قلنا
انما وجب حرمان الميراث لاستعجاله ما اخره الله تعالى والكفارة تجب لتغطية

المأثم والمأثم في الخطاء اقل وفي العمد اعظم فلا تجعل كفارة الخطاء تطهيرا
للعمد قالوا كل قتل تجب به الكفارة اذا كان خطاء تجب به الكفارة
اذا كان عمدا كقتل الصيد قلنا الأصل لا يؤدي الى اجتماع المتنافيين
وهو اجتماع ما يثبت مع الشبهة وما يسقط معها بخلاف الفرع فانه يؤدي
الى ذلك على ما بينا قوله قال وشبه العمد عند ابي حنيفة ان يتعمد
الضرب بما ليس بسلاح ولا اجري مجرى السلاح ه اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه وقال ابو يوسف ومحمد اذا ضربه بحجر عظيم او خشبة عظيمة فهو عمد
وشبه العمد ان يتعمد ضربه بما لا يقتل به غالبا الى هنا لفظ المختصر وقال
الكرخي في مختصره وقال محمد في كتاب الأصل شبه العمد ما تعمد ضربه بالعصا
او السوط او الحجر او اليد وروى الحسن عن ابي حنيفة في رجل ضرب رجلا
بعصا فقتله ان ذلك شبه العمد وكذلك لو رماه بحجر فشجه وكذلك لو ضربه
بصخرة او عود وكذلك لو وكزه او وجاه فمات من وجائه او عضه فمات من
عضته فذلك كله شبه العمد قال ابو الحسن وتغلظ الدية في شبه العمد
في الابل اذا فرضت الدية فيها فاما غير الابل فلا تغلظ فيها الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله وقال القدوري في شرحه واما شبه العمد عند ابي حنيفة ان
يتعمد الضرب بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء وقال
ابو يوسف ومحمد ان يتعمد الضرب بآلة لا يقتل بمثلها في الغالب وهو قول
الشافعي وقال في شرح الطحاوي واما شبه العمد سواء ان يضرب بشيء الغالب
فيه الهلاك كدقة القصارين والحجر الكبير والعصا الكبيرة ونحوه فاذا قتله
به فهو شبه العمد عند ابي حنيفة وعندهما هو عمد فاما اذا تعمده فقتله بعصا صغيرة
او بحجر صغير او بلبطة وكل ما لا يكون الغالب فيه الهلاك كالسوط ونحوه

فهذا شبه العمد بالاجماع واذا تابع الضرب حتى مات فهذا شبه عمد عند ابي حنيفه
وعندهما هو عمد الى هنا لفظ شرح الطحاوي وسمي شبه العمد لانه عمد
من وجه وخطأ من وجه لانه قصد بفعله الضرب دون القتل لان الآلة ليست
بصالحة له ويسمى خطأ العمد ايضا ثم وجه قول ابي حنيفة رضي الله عنه
ما روي في السنن مسندا الى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم يوم الفتح بمكة الا ان دية الخطاء شبه العمد ما كان بالسوط
والعصا فيها مائة من الابل اربعون في بطونها اولادها ولم يفصل بين العصا
الصغيرة والكبيرة وروي عن علي بن ابي طالب رضي الله عنه انه قال في
شبه العمد الحذفة بالعصا والقذفة بالحجر ولانه قتل بما ليس بسلاح
ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء كالعصا الصغيرة ولا يجب القصاص في
شبه العمد لانه ليس بجناية محضة لانه من حيث انه ضرب مباح في الجملة لان
الضرب على سبيل التاديب والرياضة مشروعة في الجملة ولانه آلة
لا يجوز الذكاة بها فلا يجب القصاص بها كالسوط ولا يلزم اذا حرقه
بالنار لان النار تقع بها الذكاة لو جعلت على موضع الذبح فقطعت الحلقوم
والودجين حل الاكل ذكره القدوري في شرحه ووجه قولهما ما روي
في صحيح البخاري مسندا الى انس بن مالك رضي الله عنه قال خرجت جارية عليها
اوضاح بالمدينة فرماها يهودي بحجر قال فجيء بها الى النبي صلى الله عليه وسلم وبها
رمق فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم فلان قتلك فرفعت راسها فاعاد
عليها قال فلان قتلك فرفعت راسها فقال لها في الثالثة فلان قتلك فخفضت راسها
فدعا به رسول الله صلى الله عليه وسلم فقتله بين الحجرين ولانه قصد الى
القتل بالضرب بآلة يقتل مثلها في العادة فيتعلق به القصاص كالحديد قوله

على غرة من المقصود قتله ه اي على غفلة من الذي يقصد قتله قوله وبه
يحصل القتل غالبا ه اي وباستعمال الآلة على غفلة من الذي يقصد قتله يحصل القتل
غالبا ولا يحصل ذلك الا بآلة موضوعة لازهاق الروح كالسيف والسكين
فاذا كان كذلك فضرب العمدية في الحجر العظيم والخشبة العظيمة شبه العمد
كالقتل بالسوط والعصا الصغيرة قوله قال وموجب ذلك على القولين
الاثم ه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والكفارة ولا قود وفيه
الدية المغلظة على العاقلة ه اما الاثم فلانه تعمد الضرب بغير حق وهو
ممنوع عنه فيتعلق به المأثم قصد القتل او لم يقصده ه واما وجوب الكفارة
فلان الله تعالى اوجب الكفارة في الخطاء بقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطأ
فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ه وشبه العمد فيه معنى الخطاء بالنظر
الى الالة فدخل تحت النص ه واما عدم وجوب القصاص فلان رسول
الله صلى الله عليه وسلم اوجب فيه الدية لا القصاص ولانه لما كان خطأ
من وجه وعمدا من وجه كان ذلك شبهة في سقوط القصاص فسقط لان
القصاص عقوبة متكاملة فيجب ان يكون سببه جناية متكاملة واما
وجوب الدية المغلظة لقوله عليه السلام فيه مائة من الابل منها اربعون في
بطونها اولادها قال القدوري في شرحه وقد روي تغليظ الدية
عن عمر وعلي وابن مسعود وزيد وابي موسى الاشعري والمغيرة بن شعبة رضي
الله عنهم وان اختلفوا في كيفية التغليظ فصار ذلك ثابتا بالاجماع ثم
هذه الدية تجب على العاقلة قال القدوري في شرحه وجملة هذا ان كل
دية تعلق وجوبها بالقتل فانها على العاقلة كدية الخطاء وكل دية وجبت لمعنى
حادث فانها في مال القاتل كما وجب بالصلح ولهذا كان الشيخ ابو الحسن

الكرخي يقول ان من قتل ابنه عمدا فموجب قتله القود ثم يسقط الى الدية لان
القتل لو اوجب الدية لكانت على عاقلته قال وقد قضى عمر بن الخطاب
رضي الله عنه بالدية على العاقلة بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير خلاف وهذا ء
لا خلاف فيه الا ما حكي عن الاصم انه قال لا يلزم الدية العاقلة لقوله تعالى
ولا تزر وازرة وزر اخرى قال وهذا ليس بصحيح لان قوله تعالى ولا
تزر وازرة وزر اخرى ه المراد به في احكام الآخرة بدليل الاخبار الواردة ده
بوجوب الدية على العاقلة ويكون ذلك عليهم في ثلاث سنين وكذلك كل
دية وجبت بنفس القتل فاما اذا وجبت بالصلح فهي حالة والاصل في
التأجيل ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بالدية على العاقلة في ثلاث سنين
بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير وقد قال مالك اني لا اعرف
في القتل الا العمد والخطاء فاما شبه العمد فلا اعرفه قال القدوري
وهذا فاسد لقول رسول الله صلى الله عليه وسلم الا ان قتيل خطاء العمد قتيل
السوط والعصا ولان الصحابة رضي الله عنهم اتفقوا على تغليظ دية شبه
العمد وان كانوا اختلفوا في كيفية التغليظ فدل انه نوع غير الخطاء
والعمد ويجوز ان يجتمع في الشيء الواحد الخطاء والعمد من جهتين ولا منافاة لانا
سميناه عمدا لانه تعمد الضرب وسميناه خطاء لانه لم يقصد القتل حيث ضرب
بآلة ليست بموضوعة للقتل فكان ذلك عمدا في القصد وخطاء في الآلة قال
القدوري وهذا الاسم انما عرف بالشريعة فاما اهل اللغة فلا يعرفه ه
وقال اصحابنا التغليظ لا يكون الا بالدية من الابل دون غيرها لان
القياس يمنع من التغليظ لان عمد الاتلاف وخطاه في باب الغرم سواء وانما
تركوا القياس في باب الدية من الابل فغلظوا بالخبر وما سواها على اصل القياس

قوله لا بمعنى يحدث من بعد ه اي من بعد القتل وهو احتراز عن وجوب
الدية بالصلح عليها وعن وجوب الدية بقتل الاب ابنه وعن وجوب الدية باقرار
القاتل خطاء بعد قتله عمدا فان الدية في هذه الصور لم تجب ابتداء بل وجبت بمعنى
حادث بعد وجوب القصاص فلاجرم لم تجب على العاقلة بل وجبت في مال القاتل
قوله وستبين صفة التغليظ ه اي في اول كتاب الديات قوله
ويتعلق به حرمان الميراث ه اي بشبه العمد وذلك لقوله عليه السلام
لا ميراث لقاتل ه ولانه تعمد الضرب ولا يؤمن ان يكون تعمد القتل ه
قوله فالحجة عليه ما اسلفناه ه اراد به قوله عليه السلام الا ان
قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا وفيه ماية من الابل ه قوله
قال والخطاء على نوعين خطاء في القصد وهو ان يرمي شخصا يظنه صيدا فاذا
هو آدمي او يظنه حربيا فاذا هو مسلم ه وخطاء في الفعل وهو ان يرمي غرضا
فيصيب آدميا وموجب ذلك الكفارة والدية على العاقلة ه اي قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا اثم فيه والخطاء ضد الصواب ويراد
به الوقوع في الشيء من غير قصد الى ذلك الشيء قال في شرح الطحاوي واما
قتل الخطاء فهو ان يقصد مباحا فيصيب محظورا كما اذا رمى صيدا فاصاب
انسانا وكما اذا رمى حربيا فاسلم وهو لا يعلم او مرتدا فاسلم وهو لا يعلم
باسلامه او الى رجل فاصاب غيره فهذا هو الخطاء فاما اذا قصد به عضوا من
شخص فاصاب عضوا آخر من ذلك الشخص فهذا عمد كذا في شرح الطحاوي وانما
وجب الكفارة بنص القرآن وهو قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة
مؤمنة ودية ولا تؤديه لان الله تعالى لم يوجب فيها ثمنا بل اوجب الدية
بقوله تعالى ودية مسلمة ه وانما وجب الدية على العاقلة في ثلث سنين لما بينا ان

كل دية تجب على القاتل ابتداء لا لمعنى يحدث فانها على العاقلة وبذلك قضى عمر
رضي الله عنه بحضرة الصحابة من غير نكير والى هذا اشار في المتن بقوله لما بينا
قوله ولا اثم فيه ه اي في الخطاء قال صاحب الهداية يعني في الوجهين
اي في وجهي الخطاء وهما الخطاء في القصد والخطاء في الفعل وانما لم يجب الاثم
لقوله عليه السلام رفع عن امتي الخطاء والنسيان وما استكرهوا عليه والمراد
منه اثم القتل العمد ه الا ترى انه ارتكب المحظور في قتل الخطاء لانه
لو لم يكن محظورا لم يجب فيه شيء من الكفارة والدية لان فاعل المباح لا يلزمه
شيء وقد وجبت عليه الكفارة وهي لتغطية الاثم فلو لم يكن محظورا كان
مباحا فلم يجب فيه شيء والحاصل ان اصل الرمي مباح وترك التثبت فيه محظور
فصار جناية قاصرة فصلحت للعقوبة القاصرة وهي الكفارة المترددة بين
العبادة والعقوبة وهذا معنى قوله لان شرع الكفارة يؤذن باعتبار هذا
المعنى ه اي معنى ترك العزيمة والمبالغة في التثبت قوله ويحرم عن
الميراث ه اي يحرم القاتل خطاء عن الميراث وذلك لعموم قوله عليه السلام
لا ميراث لقاتل ه ولانه لا يؤمن ان يكون قاصدا في الباطن القتل
واظهر الخطاء فلاجرم يحرم الميراث قوله قال وما اجري مجرى
الخطاء مثل النائم ينقلب على رجل فيقتله فحكمه حكم الخطاء ه واما القتل
بسبب فهو كحافر البير وواضع الحجر في غير ملكه وموجبه اذا تلف به آدمي الدية
على العاقلة ه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا كفارة فيه قال
القدوري في شرحه واما النوع الذي اجري مجرى الخطاء فهو النائم
اذا انقلب في نومه على انسان فقتله لان النائم لا قصد له ولا يوصف فعله بالعمد
ولا بالخطاء ه الا انه كالخطاء في الاحكام لان المقتول مات بثقله فهو كالميت

بفعله فيجب عليه الكفارة وعلى عاقلته الدية ولا قود عليه لأنه اذون من
الخطاء ويحرم الميراث لأنه لا يؤمن ان يكون تعمد ذلك في الباطن
وأما النوع الخامس فهو حافر البير وواضع الحجر لأنه ليس بمتعمد للقتل ولا
مخطي فيه الا ترى ان القاتل من أوقع الفعل في المقتول او فيما يتصل به
وذلك غير موجود في الحافر وانما اوجبوا على عاقلته الدية لأنه تعدى في
الحفر ولا مأثم عليه بالموت وانما المأثم بالحفر ولا كفارة عليه ولا يحرم
الميراث عندنا لأنه غير متهم ألا ترى أنه لا يعلم ان مورثه يقع في البير
قوله ولا يتعلق به حرمان الميراث ه اي بالقتل بسبب وقال
الشافعي يلحق بالخطاء في احكامه اي يلحق القتل بسبب بالقتل الخطاء حتى يجب الكفارة
وحرمان الميراث وذلك لأن الكفارة تجب بالقتل وقد وجد بدليل
ايجاب الضمان عليه وانزال الشرع اياه مثلفا ولنا ان الكفارة تجب
بالقتل وحافر البير ليس بقاتل الا ترى انه لا يجوز ان يكون قاتلا بالوقوع بالحفر ولا مقتول مباشرة ولا يجوز ان يكون قاتلا
لأنه قد يقع في البير بعد موت الحافر ويستحيل ان يكون قاتلا بعد موته ولأن
الكفارة تجب جزاء عن الفعل المحظور لا بدلا عن المحل الا ترى انها تتعدد
بتعدد الفاعلين وان المحل واحد والشرع اوجب الكفارة بفعل هو مباشرة والتسبيب
دونها فتعذر الالحاق وانما لم يحرم الميراث اذا كان يرث المجني عليه لأنه
ليس بقاتل وحرمان الميراث يتعلق بالقتل ولأن حرمان الميراث يثبت على
وجه العقوبة لمن اعتمد القتل او جاز ان يكون متعمدا في الباطن وهذا
المعنى لا يوجد في حفر البير ولأنه لو كان قتلا لاستوى الحال فيه
بين ايقاعه في ملكه وغير ملكه كالجراحة والرمي والواقع لا يسمى مقتولا بل
يسمى هالكا فاذا ثبت انه ليس بقتل لا يتعلق به الكفارة وحرمان الميراث

كالامساك قوله وما يكون شبه العمد في النفس فهو عمد فيما سواها
اي فيما دون النفس ه قال القدوري في مختصره وليس فيما دون
النفس شبه عمد انما هو عمد او خطأ، وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي
في مختصره ولا يكون فيما دون النفس شبه عمد وما جعلناه في النفس شبه عمد فهو
فيما دون النفس يوجب القصاص اذا كان يستطاع القصاص فيه الى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله وذلك لأن ما دون النفس لا يختص اتلافه بآلة دون
آلة وانما اعتبرت الالات في النفس لأن القتل يقصد بآلة دون آلة فلما
استوت الالات فيما دون النفس اعتبرا عتبارها الضرب فكان عمدا كذا في
شرح القدوري والله أعلم ه

باب ما يوجب القصاص وما لا يوجبه

لما ذكر انواع القتل وهي خمسة ومن جملتها العمد وقد يوجب العمد القصاص
وقد لا يوجبه شرع في بيان ذلك قوله قال القصاص واجب بقتل كل
محقون الدم على التأبيد اذا قتل عمدا ه اي قال القدوري في مختصره ه اما
اشتراط العمدية لوجوب القصاص فلما مر من قوله عليه السلام العمد قود
ولأن الجناية بالعمد تتكامل فكان جزاؤها متكاملا ه واما
اشتراط حقن الدم على التأبيد وهو منعه من ان يسفك فهو احتراز عن
الحربي فان قتله لا يوجب القصاص وان كان عمدا لأن عصمته ليست
بأبدية فيثبت شبهة الاباحة في قتله والأصل في ثبوت القصاص
الكتاب والسنة قال الله عز وجل ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا تا
والسلطان القتل بدلالة قوله تعالى فلا يسرف في القتل ه وقال عز وجل
وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس ه وقال عز وجل يا ايها الذين آمنوا كتب عليكم

القصاص في القتلى ه وقال عز وجل وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس ولكم
في القصاص حيوة وقال صلى الله عليه وسلم العمد قود ولا يقال
يرد قتل الاب ابنه عمدا اشكالا على الكل الذي ذكر فانه لا يوجب القصاص
لانا نقول موجب ذلك القصاص ايضا ولكن سقط بحرمة الابوة
وذلك عارض والكلام في الاصول لا في العوارض ولهذا كان الابن
شهيدا وان كان تجب الدية لانه انقلب مالا للشبهة وبه صرح
في شرح الطحاوي في كتاب الصلوة قوله قال ويقتل الحر بالحر
والحر بالعبد ه اي قال القدوري في مختصره قال ابو الحسن
الكرخي في مختصره واجمع المسلمون على قتل الذكر بالانثى والانثى بالذكر
وعلى قتل العبد بالحر وذلك عندنا بقوله النفس بالنفس واختلفوا في
قتل الحر بالعبد واجمع اصحابنا على قتل الحر بالعبد لعموم قوله تعالى
النفس بالنفس وبقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا ه
والسلطان القود الى هنا لفظ الكرخي في مختصره اعلم ان الحر يقتل
بالعبد عندنا وقال مالك والشافعي واحمد بن حنبل لا يقتل الحر بالعبد
لنا عموم قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وعموم قوله تعالى
ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا وقوله عليه السلام العمد قود وهو
عام ولان المماثلة لا تعتبر في الانفس وانما تعتبر في حقن الدم الا ترى
انه يقتل البصير بالاعمى والصحيح بالاشل والعالم بالجاهل والشريف بالوضيع والحر
والعبد يتساويان في حقن الدم على التابيد فان قيل قال الله تعالى
الحر بالحر والعبد بالعبد والتخصيص دل على انه لا يقتل الحر بالعبد قيل
الاية دلت على ثبوت القصاص بين الحرين وبين العبدين والتخصيص بالذكر لا

يدل على نفي ما عداه الا ترى ان العبد يقتل بالحر مع وجود هذا التخصيص
والا ترى ان الذكر يقتل بالانثى والانثى بالذكر مع وجود مثل هذا
التخصيص بقوله تعالى والانثى بالانثى وفائدة التخصيص ما قال القدوري
في شرحه ان الاية نزلت على سبب وهو ان بني النضير كانوا اشرف من بني قر بطة
واعز فتصالحوا ان يقتل بالعبد من بني النضير الحر من بني قريظة ويقتل بالحر
من بني قريظة العبد من بني النضير فابطل الله تعالى هذا الصلح بقوله الحر
بالحر والعبد بالعبد ولان للعبد نفسا معصومة على سبيل الكمال
لانه ساوى الحر في سبب العصمة والمساواة في السبب توجب المساواة في الحكم
والسبب هو الاحراز بالدار او الاسلام ولان العبد مبقى على اصل
حق الحرية في الدم ولهذا لم يكن لمولاه ان يسفك دمه قالوا
اخر نوعي القصاص فلا يجري بين الحر والعبد كالقصاص في الطرف قلنا ذاك
منقوض بقتل العبد بالحر او نقول الحران اذا كان يد احدهما شلاء او
مقطوعة الاصابع ويد الاخر صحيحة لا يجري القصاص بينهما في الطرف ويجري
في النفس فيفسد قياس القصاص في النفس على القصاص في الطرف ولان
الطرف يجري مجرى المال اذ لا مدخل للكفارة والقسامة فيها بخلاف النفس
قوله وهي بالدين ه اي العصمة المؤثمة بالدين يعني بالايمان او بالدار
اي العصمة المقومة وقد مر بيان العصمتين في كتاب السير ولا يرد
على هذا المقضي له بالرجم اشكالا لان عصمته كانت متحققة بهما ولكن سقطت
بجنايته المتفاحشة قوله وجريان القصاص بين العبدين يؤذن بانتفاء
شبهة الاباحة ه هذا جواب سؤال يقال من جهة الخصم وهو ان هذا القتل
فيه شبهة الاباحة لان الرق اثر الكفر لانه سببه على ما عرف في اصول

الفقه والكافر مباح الدم فاذا كان فيه شبهة الاباحة لا يجب القصاص
على الحر بالرقيق فاجاب عنه وقال شبهة الاباحة منتفية فلو كانت ثابتة
لم يجز القصاص بين العبدين لان اثر الكفر وهو الرق قايم كما لا يجري
القصاص بين المستامنين على جواب الاستحسان لان ثبات كفرهما شبهة اباحة
القتل قوله قال والمسلم بالذمي اي قال القدوري في مختصره يعني يقتل
قتل المسلم بالذمي الكرخي في مختصره صح
واجمع اصحابنا على قتل المسلم بالكافر الذمي الذي يؤدي الجزية ويجري عليه
احكام المسلمين وانه لا يقتل مسلم بكافر غير ذمي وان كان مستامنا
في دار الاسلام وله عهد او ميثاق وهو باق على حكم دار الحرب لا يجري
عليه احكام المسلمين الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال
مالك والشافعي واحمد لا يقتل مسلم بكافر لهم ما روى البخاري
في الصحيح مسندا الى الشعبي قال سمعت ابا جحيفة قال سالت عليا رضي الله عنه
هل عندكم شي مما ليس في القران قال العقل وفكاك الاسير ولا يقتل
مسلم بكافر ولنا ما قال الله تعالى يا ايها الذين امنوا كتب عليكم
القصاص في القتلى وقوله في القتلى عام ينتظم الذمي والمسلم وكان مقتضاه
وجوب القصاص على المسلم بقتل الذمي الا ان الحربي خرج عن العموم بالاجماع
لانه ليس بمحقون الدم على التابيد وقوله تعالى وكتبنا عليهم فيها
ان النفس بالنفس وشريعة من قبلنا لازمة حتى يثبت نسخها على لسان نبينا
صلى الله عليه وسلم ومن جهة السنة ما قال محمد في كتاب الاثار اخبرنا
ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم ان رجلا من بكر بن وايل قتل رجلا من اهل الحيرة
وكتب فيه عمر بن الخطاب رضي الله عنه ان يدفع الى اولياء القتيل فان شاؤوا
قتلوا وان شاؤوا اعفوا فدفع الرجل الى اولياء المقتول الى رجل يقال له حنين من

اهل الحيرة فقتله فكتب عمر رضي الله عنه بعد ذلك ان كان الرجل لم يقتل
فلا تقتلوه فراوا ان عمر رضي الله عنه اراد ان يرضيهم بالدية قال
محمد وبه ناخذ اذا قتل المسلم المعاهد عمدا قتل به وهو قول ابي حنيفة وكذلك
بلغنا عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قتل مسلما بمعاهد وقال انا احق من وفى
بذمته الى هنا لفظ كتاب الاثار فلولا ان القصاص واجب لم يامر به عمر
رضي الله عنه ابتداء وباسقاطه في الثاني لمصلحة راها المسلمون والجواب
عن الحديث الذي رواه الخصم هو ما قال الطحاوي في شرح الاثار ان الذي حكاه
ابو جحيفة عن علي رضي الله عنه لم يكن مفردا ولو كان مفردا لاحتمل ما قالوا
ولكن كان موصولا بغيره وهو ما حدثنا ابن ابي داود قال حدثنا مسدد قال
حدثنا يحيى بن سعيد عن ابي عروبة قال حدثنا قتادة عن الحسن عن قيس بن عباد
قال انطلقت انا والاشتر الى علي رضي الله عنه فقلنا هل عهد اليك رسول الله صلى
الله عليه وسلم عهدا لم يعهده الى الناس عامة قال لا الا ما كان في كتابي هذا
فاخرج كتابا من قراب سيفه فاذا فيه المؤمنون تتكافؤ دماؤهم ويسعى بذمتهم
ادناهم وهم يد على من سواهم الا لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده من احدث
حدثا فعلى نفسه من احدث حدثا او اوى محدثا فعليه لعنة الله والملايكة والناس
اجمعين قال فهذا هو الحديث بتمامه فاستحال ان يكون على المعنى الذي ذهب
اليه الخصم لانه قال لا يقتل مؤمن بكافر ولا ذو عهد في عهده اي لا يقتل
مؤمن ولا ذو عهد بكافر لانه لو كان المراد ذلك لقيل ولا ذي عهد بالجر
عطفا على الكافر وقال الطحاوي ايضا في شرح الاثار حدثنا ابن مرزوق
قال حدثنا ابو عامر العقدي قال حدثنا سليمن بن بلال عن ربيعة بن ابي عبد الرحمن
عن عبد الرحمن بن البيلماني ان النبي صلى الله عليه وسلم اتي برجل من المسلمين قد

قتل معاهدا من أهل الذمة فأمر به فضربت عنقه وقال أنا أولى من وفى بذمته
قال في الفائق التكافؤ التساوي أي تتساوى في الديات والقصاص
لا فضل فيها لشريف على وضيع والذمة الأمان ومنها سمي المعاهد ذميا لأنه
أومن على ماله ودمه للجزية أي إذا أعطى أدنى رجل منهم أمانا فليس للباقين
إخفاره والمعقول شاهد لما قلنا وهو أن الحربي ماله ودمه حلال فإذا
صار ذميا حرم دمه وماله فصار كالمسلم في أن دمه وماله حرام لنا إذ من
سرق من ماله شيئا قطع كما يقطع إذا سرق من مال المسلم فكان القياس أن يقتل
المسلم الذي قتله كما يقتل إذا قتل مسلما إذا أجمعوا أنه لا فرق بين انتهاك حرمة
ماله وحرمة مال المسلم في القطع فكذلك يجب أن لا يكون فرق بين انتهاك
حرمة دمه وحرمة دم المسلم وأيضا أن حرمة المال دون حرمة النفس
فإذا كان المسلم يقطع بمال الذمي فلأن يقتل المسلم بنفس الذمي أولى ويدل
على عصمة الذمي قوله تعالى قاتلوا الذين لا يؤمنون بالله ولا باليوم الآخر ولا يدينون
دين الحق من الذين أوتوا الكتاب حتى يعطوا الجزية عن يد وهم صاغرون
أثبت إباحة القتل ممدودا إلى غاية قبول الجزية والحكم الممدود إلى غاية
ينتهي بوجود تلك الغاية فإذا وجد قبول الجزية انتهت الإباحة وإذا انتهت
الإباحة ثبتت العصمة ضرورة فإن قيل مبنى القصاص على التكافؤ في
العصمة وعصمة الكافر دون عصمة المسلم لأن الذمي عصم نفسه بأمان والمسلم
بإيمان والإيمان أعلى أسباب العصمة فلما تفاوتا في سبب العصمة تفاوتا في
القصاص قلنا نعم القصاص مبناه على التكافؤ في العصمة ولكن قد
استويا فيه لأن كل واحد منهما محقون الدم على التأبيد بإحرازه بالدار ولو
كان الاعتبار بالإسلام لوجب إذا أسلم في دار الحرب ولم يهاجر إلينا أن

يقتل قاتله وأن تجب الدية إذا قتله خطأ وأيضا اتفقنا جميعا على أن ذميا
لو قتل ذميا ثم أسلم قتل به فلو كان الإسلام مما يمنع القصاص في الابتداء لمنعه
إذا طرأ بعد وجوبه قبل استيفائه ألا ترى أنه لما لم يجب القصاص بين الأب
والابن إذا قتله كان كذلك حكمه إذا ورث القود ابنه عن غيره منع ما عرض
من ذلك استيفاءه كما منع ابتداء وجوبه ثم المراد من عصمة المحل أن تكون
الحرمة ثابتة للمحل بما يستحق منع الغير عن التعرض له قوله والقتل
بمثله يؤذن بانتفاء الشبهة هذا جواب عما قال الخصم الكفر مبيح فيورث
الشبهة يعني أن كفر الكافر مبيح للقتل فيورث كفر الذمي شبهة إباحة القتل
فلا يجب القصاص بالشبهة على المسلم وإن كان عصمة الذمي ثابتة بالأمان فأجاب
عنه وقال لا نسلم أن الشبهة ثابتة بل الشبهة منتفية بدليل أن القصاص
يجب على الذمي بقتل ذمي مثله فلو كانت الشبهة ثابتة لم تجب القصاص عليه
قوله والمراد بما روي الحربي أي المراد بما روى الخصم وهو قوله عليه
السلام لا يقتل مؤمن بكافر هو الحربي بدليل السياق وهو قوله عليه السلام
ولا ذو عهد في عهده أي لا يقتل مؤمن ولا ذمي بكافر حربي قوله والعطف
للمغايرة قلنا في هذا الكلام نظر لأنا نقول نعم العطف للمغايرة ولكن لم
يعطف قوله ولا ذو عهد على كافر لأنه لو عطف عليه لقيل بالجر بل هو عطف على
مؤمن ولكن نقول إن الذمي يقتل بالذمي بالاتفاق فعلم أن المراد من الكافر
الحربي لا الذمي فافهم قوله قال ولا يقتل المسلم والمستأمن أي قال
القدوري في مختصره وذلك لأن المستأمن ليس بمحقون الدم على التأبيد ألا ترى
أن المدة إذا مضت أخرجناه ولا نمكنه من المقام بعد ذلك وإذا وصل إلى مأمنه
صار مباح الدم والمسلم محقون الدم على التأبيد والمعتبر في وجوب القصاص

التساوي في حقن الدم ولم يوجد ولان كفر الحربي باعث على الحراب وانما
ترك الحراب ذماما لمصلحة وكان مبيح الدم وهو الحراب قايما في حقه فلم يكن قتله
حراما محضا فلا ينتهض سببا لوجوب القصاص وكذلك الذمي لا يقتل بالمستامن
ايضا لعدم التساوي في حقن الدم ولقوله عليه السلام لا يقتل مومن بكافر
ولا ذو عهد في عهده قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره وروى اصحاب
الاملاء عن ابي يوسف ان المسلم يقتل بالحربي المستامن وشبهه بالذمي لاجل الامان
قوله ويقتل المستامن بالمستامن ذكرها على سبيل التفريع وهي من مسايل المبسوط
وفيه قياس واستحسان اما القياس فانه يقتل به لمساواة بينهما واما
الاستحسان فانه لا يقتل به لما قلنا من قيام دليل الاباحة ذكر القياس والاستحسان
شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي قوله ويقتل الرجل بالمراة والكبير
بالصغير والصحيح بالاعمى والزمن وهذا لفظ القدوري في مختصره قال
صاحب الهداية وبناقص الاطراف والمجنون قال في شرح الاقطع وهذا
اجماع الا ما روي عن علي رضي الله عنه انه قال في الرجل اذا قتل المراة ان اوليا[ها]
بالخيار ان شاووا اقادوا به وان شاووا اعطوا القاتل نصف ديته وقتلوه قا[ل]
وهذا لا يصح لان الفعل الواحد لا يتعلق به قصاص وغرم في النفس الواحدة
كما لا يجب بالفعل الواحد منه وحد ولان خلافه كخلاف الاعمى والبصير
والصحيح والزمن وذلك لا يمنع القصاص بان يقتل الكامل بالناقص بالاتفاق
فكذلك هاهنا كذا ذكر القدوري في شرحه قال الكرخي في مختصره
ونقصان الجوارح والمعاني لا يمنع التكافو في النفس وتفسير ذلك ان صحيحا سليم
الجوارح عاقلا لو قتل مريضا او مغمى عليه او مبرسما او مفلوجا او اعمى او مقطوع
الجوارح او اشل او صبيا او مجنونا انه يقتل به ولا اعلم في هذا خلافا بين اهل العلم

وان هذا كله لا يمنع التكافو في النفس الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وذلك لان التكافو معتبر في محل القصاص ومحل القصاص الروح فاذا
تساويا في حقن الدم وجب القصاص وان اختلفا في غير ذلك ولذلك لم
يجب القصاص بين الاطراف المختلفة لان التساوي في محل القصاص لم يوجد وقد
دل على هذه الجملة قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس وقوله تعالى والحر
بالحر بلا فصل وقوله تعالى والعبد بالعبد بلا فصل كذا ذكر القدوري في شرحه
وقال في الكشاف في تفسير قوله تعالى كتب عليكم القصاص في القتلى
الحر بالحر والعبد بالعبد والانثى بالانثى قال مالك والشافعي لا يقتل
بنا الذكر بالانثى وهذه الرواية مخالفة لرواية عامة كتب الفقه لان اصحا
احتجوا على مالك والشافعي في مسالة قتل الحر بالعبد وقالوا لا يدل على
تخصيص الحر بالحر والعبد بالعبد على ان الحر لا يقتل بالعبد ولهذا يقتل
الانثى بالذكر والذكر بالانثى والعبد بالحر مع وجود مثل هذا التخصيص وقد مر
بيان ذلك عند قوله ويقتل الحر بالحر والحر بالعبد وقال ابن الجلاب البصري
المالكي في كتاب التفريع ويقتل الرجل بالمراة والمراة بالرجل وقال في وجيز
الشافعية فضيلة الذكورة لا تعتبر ويقتل الرجل بالمراة قوله قال ولا
يقتل الرجل بابنه اي قال القدوري في مختصره وهو مذهب الشافعي
واحمد بن حنبل وقال ابن الجلاب المالكي في كتاب التفريع ويقتل الابوان
بولدهما اذا ذبحاه او شقا جوفه او فعلا معه ما تنتفي الشبهة معه وقال
لا صح الكرخي في مختصره واجمع اصحابنا انه يقتل والد بولده وان سفل ولا جد من قبل
الرجال ولا من قبل النساء وان علا بولد الولد وان سفل ولا والدة بولدها ولا
جدة من قبل الاب ولا من قبل الام علت او سفلت ويقتل الولد بالوالد اجماعا الى هنا

لفظ الكرخي رحمه الله وقال محمد في كتاب الآثار ومن قتل ابنه عمدا لم يقتل
به ولكن الدية عليه في ماله في ثلاث سنين يؤدي في كل سنة الثلث من الدية
ولا يرث من الدية ولا من مال ابنه شيئا ويرثه اقرب الناس من الابن بعد الاب ولا
يحجب الاب عن الميراث اصلا وهو في ذلك بمنزلة الميت وهو قول ابي حنيفة
الى هنا لفظ كتاب الآثار وقال القدوري في شرحه وقال مالك اذا
حذف الاب الابن بالسيف فلا قود عليه وان ذبحه فعليه القود لنا ما روي
عن عمر رضي الله عنه ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لا يقاد الوالد بولده
ولانه في حكم الجزء منه والانسان لا يثبت عليه القصاص باجزائه ولانه
اذا وجب عليه القصاص اذا قتله ذبحا وجب عليه اذا قتله حذفا كالاجنبي
وفرق مالك بينهما بان الحذف يقصد به التاديب وليس بصحيح لان التاديب
لا يكون بالسيف ولان عندنا ضرب الاب لابنه على وجه التاديب بشرط
السلامة وقوله لا يقاد من اقاده بفلان اقادة اي قتله به قصاصا وهو
القود اي القصاص قوله ان يستحق له افناؤه اي للولد افناء الوالد
قوله والقصاص يستحقه المقتول ثم يخلفه وارثه ولهذا صح عفو
المجروح قبل ان يموت فاذا كان القصاص يستحقه المقتول اولا لم يجب القصاص
على الاب بقتل ولده لان الولد لا يستحق على الاب افناءه فاذا لم يستحق الولد
القصاص اولا لم يخلفه وارثه في القصاص فيسقط قوله لما بيناه اشارة
الى قوله ولانه سبب لاحيائه فمن المحال ان يستحق له افناؤه قوله ويقتل
الولد بالوالد لعدم المسقط وهو كون المقتول في حكم الجزء من القاتل فاذا لم
يكن المقتول في حكم الجزء يثبت القصاص على الولد به قوله قال ولا
يقتل الرجل بعبده ولا مدبره ولا مكاتبه ولا بعبد ولده اي قال القدوري في

مختصره وذلك لان القصاص لو ثبت بقتل العبد لثبت للمولى لانه المستحق
لحقوق عبده والمولى لا يجوز ان يثبت له قصاص على نفسه ولانه ماله
واتلاف الانسان ماله لا يتعلق به ضمان واذا لم يكن الدم مضمونا عليه لم
يتعلق به قصاص واما المدبر والمكاتب فملكه باق فيه فصار كالعبد
واما عبد ولده اذا قتله لا يجب عليه القصاص لانه لو وجب لوجب لولده عليه
فلا يستحق الولد على الاب قصاصا لما مر وكذا لا يقتل بعبد يملك القاتل بعضه
لان القصاص يسقط في نصيبه فيسقط في باقيه كالدم اذا كان بين شريكين فعفا
احدهما قوله ولا ولده عليه عطف على الضمير المستتر في لا يستوجب
وانما جاز العطف للفصل كقوله تعالى سيصلى نارا ذات لهب وامراته حمالة
الحطب اي لا يستوجب ولد الاب على الاب قصاصا اذا قتل الاب عبد ولده
قوله قال ومن ورث قصاصا على ابيه سقط اي قال القدوري
في مختصره وذلك مثل ان يقتل الرجل ام ابنه او زوجة ابنه لانه لو وجب القصاص
لوجب للابن على الاب فلا يستوجب الابن على الاب قصاصا فلهذا سقط القصاص
وكذلك لو قتل الرجل ام امراته ثم ماتت المراة وتركت ابنا من القاتل لا يجب
عليه القصاص لانه يسقط بوراثة الابن قوله قال ولا يستوفى القصاص
الا بالسيف اي قال القدوري في مختصره وهذا مذهبنا وقال
مالك ومن جرح رجلا ثم قتله قتل ولم يخرج الا ان يكون مثل به فيخرج ثم
يقتل كذا في التفريع وقال الشافعي من قتل بالقطع او بالاحراق او بالتغريق
او بالتجويع قتل بمثله الا اذا قتل باللواطة او ايجار الخمر فيقتل بالسيف كذا
في وجيزهم ثم قال فيه ولو جوع الجاني او القاه في النار مثل تلك المدة
او ضربه بالسياط مثل تلك الضربات فلم يمت فيزيد في الضرب والتجويع ام يعدل

إلى السيف فيه وجهان وقال أحمد بن حنبل وإذا قطع يديه ورجليه ثم
عاد فضرب عنقه قبل أن يندمل جراحه قتل ولا تقطع يداه ولا رجلاه في أحد
الروايتين وفي الرواية الأخرى قال إنه أهل لأن يفعل به كما فعل كذا ذكر
الخرقي ولهم ما روي في السنن وغيره مسندًا إلى أنس رضي الله عنه
أن جارية وجدت قد رض رأسها بين حجرين فقيل لها من فعل بك هذا أفلان
أفلان أفلان حتى سمي اليهودي فأومت برأسها فأخذ اليهودي فاعترف فأمر *أي نعم*
رسول الله صلى الله عليه وسلم أن يرض رأسه بالحجارة واستدلوا بهذا
الحديث فقالوا كل قاتل يقتل بما قتل به ولنا ما روى الطحاوي في شرح *أبو عاصم الضحاك بن مخلد شيباني النبيل ذكره مسلم*
الآثار وقال حدثنا إبراهيم بن مرزوق قال حدثنا أبو عاصم قال حدثنا سفين
الثوري عن جابر عن أبي عازب عن النعمان قال قال رسول الله صلى الله عليه *أبو عازب مسلم بن عمرو ذكره مسلم في الكنى*
وسلم لا قود إلا بالسيف ه أي لا قود يستوفى إلا بالسيف فدل أن القصاص
بغير السيف لا يجوز ه والقود هو القصاص الذي هو جزاء القتل العمد وكل قود
قصاص وكل قصاص ليس بقود لأن القصاص في الأطراف والجروح لا يسمى قودًا
والجواب عن حديث الخصم ما قال الطحاوي في شرح الآثار أن هذا
الحديث لا يدل على ما ذهبوا إليه لأنه يحتمل أن يكون النبي صلى الله عليه وسلم
إنما أمر بذلك لأنه قتل على مال وقد بين ذلك فيما حدثنا ابن أبي داود
قال حدثنا عبد العزيز بن عبد الله الأويسي قال حدثني إبراهيم بن سعد عن
شعبة عن هشام بن زيد عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال عدا يهودي في
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم على جارية فأخذ أوضاحًا كانت عليها ورضخ *أوضاح الحلي من الفضة جمع الوضح*
رأسها فأتى بها أهلها إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وهي في آخر رمق وقد أصمتت
فقال لها رسول الله صلى الله عليه وسلم من قتلك فلان لغير الذي قتلها

فأشارت برأسها أي لا فقال لرجل آخر غير الذي قتلها فأشارت برأسها أي لا
قال ففلان لقاتلها فأشارت أي نعم فأمر به رسول الله صلى الله عليه وسلم
فرض رأسه بين حجرين فإنه كان رسول الله صلى الله عليه وسلم جعل دم
اليهودي كدم قاطع الطريق فكان له أن يقتله كيف شاء بسيف أو غير ذلك ه
والمثلة حينئذ كانت مباحة كما فعل بالعرنيين فإنه حدثنا يونس قال
أخبرنا ابن وهب قال أخبرني جرير بن حازم عن أيوب عن أبي قلابة عن أنس بن
مالك رضي الله عنه قال قدم ثمانية رهط من عكل فاستوخموا المدينة فبعثهم
رسول الله صلى الله عليه وسلم إلى ذود فشربوا من ألبانها فلما صحوا ارتدوا عن
الإسلام وقتلوا راعي الإبل وساقوا الإبل فبعث رسول الله صلى الله عليه وسلم
في آثارهم فأخذوا فقطع أيديهم وأرجلهم وسمل أعينهم وتركهم حتى ماتوا ه
وقال الطحاوي أيضًا حدثنا أبو أمية قال حدثنا قبيصة عن سفين عن
أيوب عن أبي قلابة عن أنس بن مالك رضي الله عنه إنما جزاء الذين يحاربون الله
ورسوله قال هم من عكل قطع النبي صلى الله عليه وسلم أيديهم وأرجلهم وسمل
أعينهم قال أبو جعفر الطحاوي ففعل رسول الله صلى الله عليه وسلم باليهودي
كما فعل بالعرنيين لأن المثلة كانت مباحة في ذلك الوقت ثم نسخت
بعد ذلك فاحتمل قتل اليهودي هذا الوجه فلما احتمل الخبر هذا الوجه لم يجز
أن يستدل به إلا بدلالة وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
في قتل اليهودي بخلاف هذا قال الطحاوي حدثنا ابن أبي داود وأحمد بن
داود قالا حدثنا أبو يعلى محمد بن الصلت قال حدثنا أبو صفوان محمد بن سعيد بن
عبد الملك بن مروان عن ابن جريج عن معمر عن أيوب عن أبي قلابة عن أنس بن
مالك رضي الله عنه أن رجلا من اليهود رضخ رأس جارية على حلي لها فأمر به

النبي صلى الله عليه وسلم ان يرجم حتى قتل قلت ففي الحديث ان النبي صلى الله
عليه وسلم كان قتل ذلك اليهودي رجما بقتله الجارية فثبت بذلك ان ما تقدم
من الخبر من رضخه راسه هو على جهة الرجم كان لان الرجم قد يصيب به الراس وغير
الراس فقتله بغير ما كان قتل به الجارية قلت ان ما فعل كان حلالا
يومئذ ثم نسخ بنسخ المثلة قال الطحاوي حدثنا ابن ابي داود حدثنا عمرو بن
عون اخبرنا هشيم عن منصور عن الحسن عن عمران بن حصين رضي الله عنهما قال
كان النبي صلى الله عليه وسلم يخطبنا فيامرنا بالصدقة وينهانا عن المثلة وقال
باسناده الى سمرة بن جندب رضي الله عنه قال قلما خطبنا رسول الله صلى
الله عليه وسلم خطبة الا امرنا فيها بالصدقة ونهانا عن المثلة وباسناده
الى المغيرة بن شعبة رضي الله عنه قال ان النبي صلى الله عليه وسلم نهى عن المثلة
قال فثبت بهذه الاثار نسخ المثلة بعد ان كانت مباحة على ما رويناه في حديث
العرنيين وقد صح في السنن عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا
يعذب بالنار الا رب النار رواه ابو هريرة وحمزة الاسلمي فان قيل
يرد عليكم وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به قيل له ليس هذه الاية
يراد بها هذا المعنى انما يراد بها ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما قال
الطحاوي حدثنا فهد حدثنا يحيى بن عبد الحميد حدثنا قيس عن ابن ابي ليلى عن الحكم
عن مقسم عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لما قتل حمزة رضي الله عنه ومثل به قال
رسول الله صلى الله عليه وسلم لئن ظفرت بهم لامثلن بسبعين رجلا منهم فانزل
الله عز وجل وان عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به ولئن صبرتم لهو خير للصابرين فقال
رسول الله صلى الله عليه وسلم بل نصبر فلما نزلت الاية في هذا المعنى لا في
المعنى الذي ذكره الخصم وقد روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال لا

قود الا بالسيف دل ان القود لا يكون الا بالسيف فان قلت قال تعالى
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم قلنا المراد منه المماثلة في المتلف لا في
الالة لان ما يقوله الخصم يؤدي الى ايجاب اكثر من المثل لانهم يقولون اذا ضربه
بخشبة فمات يضرب بها فان مات والا قتل بالسيف وهذا زيادة على ما فعل الجاني
لا محالة ولان قولهم ينتقض بما اذا لاط فقتله او وطئ صغيرة فقتلها
او اوجره خمرا فقتله حيث لا يفعل بالجاني ما فعل وعليه اجماع الائمة فان قلت
كيف يصح الاستدلال بقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف على ان القصاص لا
يستوفى الا بالسيف لانه يحتمل ان معناه لا قود يجب الا بالسيف قلت ظاهر
الحديث يدل على ان المراد منه نفي الاستيفاء لان القود عبارة عن جزاء القتل العمد
قصاصا فمعنى قوله لا قود الا بالسيف اي لا جزاء للقتل العمد الا بالسيف والجزاء
بالسيف هو الاستيفاء لا وجوب القصاص نعم انه يحتمل المعنى الاخر ثم
هذا الحديث حجة لابي حنيفة على من خالفه سواء اريد منه نفي الاستيفاء او نفي
الوجوب بيانه ان القود له طرفان طرف الوجوب وطرف الاستيفاء فعلى
الاول معناه لا قود يجب الا بالسيف وعلى الثاني لا قود يستوفى الا بالسيف فان
اريد به نفي الوجوب كان لنا حجة على الشافعي في مسئلة الموالاة وعلى ابي يوسف ومحمد
في القتل بالمثقل لانه قتل بغير السيف فينبغي ان لا يجب عليه القصاص بموجب الحديث
وهما يقولان بخلاف ذلك وان اريد به نفي الاستيفاء الا بالسيف كان حجة لنا
ايضا على الشافعي لانه يستوفي القصاص بما فعل به القاتل وكان حجة عليهما
ايضا لانه لما لم يستوف الا بالسيف لا يجب الا به لان المماثلة شرط في ضمان العدوان
ما امكن والقتل بالسيف لا يماثل القتل بالمثقل لان القتل بالسيف يحصل بنقض
البنية صورة ومعنى والمثقل ليس ينقضها صورة بل ينقضها معنى فكان قاصرا

فلم يثبت حكم القصاص به لانه يندرئ بالشبهات **قوله** كما في كسر
العظام يعني اذا كسر عظم انسان عمدا سوى السن لا يقتص منه لاحتمال
استيفاء الزيادة فكذا هنا **قوله** واذا قتل المكاتب عمدا وليس
له وارث الا المولى وترك وفاء فله القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد لا ارى فيه قصاصا وان كان المكاتب لم يترك وفاء بمكاتبته وله ورثة
احرار فللمولى ان يقتل القاتل في قولهم جميعا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وقال القدوري في مختصره واذا قتل المكاتب عمدا ولا وارث له الا
المولى فله القصاص وان ترك وفاء ووارثه غير المولى فلا قصاص لهم وان
اجتمعوا مع المولى الى هنا لفظ المختصر وقال الكرخي في مختصره وان
كان المقتول مكاتبا لم يترك وفاء كان للمولى القصاص في قول اصحابنا جميعا وان
ترك وفاء وكان وارثه غير المولى فلا قصاص في قولهم جميعا واختلفت
الرواية في قول ابي حنيفة وابي يوسف اذا كان المولى وارثا فقال في الجامع
الصغير عنهما للمولى ايضا القصاص وقال بشر عن ابي يوسف في كتاب
البيوع انه لا قصاص للمولى مثل قول محمد وقال ابو يوسف وان اجتمع
الورثة والمولى على القصاص فلا قصاص الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله اما
اذا قتل ولم يترك وفاء فللمولى القصاص في قولهم لان الجراحة وقعت والولاية
للمولى وحصل الموت وهو المستحق لان الكتابة بطلت بموته عاجزا وعاد
الى الرق واذا ثبت له الاستحقاق في الحالين كان له القصاص كما في العبد
القن لقوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه سلطانا قال القدوري
في شرحه وليس هذا كالعبد المعتق بعضه اذا مات عاجزا لانه ذكر في
المنتقى عن ابي حنيفة ان لا قصاص لان عجز المكاتب تنفسخ به الكتابة

فكانها لم تكن وموت المعتق لم ينفسخ به عتقه فالمولى يستحق القصاص في بعضه
بالولاء وفي بعضه بالملك فلا يثبت له الاستحقاق بسببين مختلفين واما
اذا ترك وفاء ووارثه غير المولى فلا قصاص في قولهم لان الجراحة وقعت والمستحق
المولى لبقاء الرق وحصل الموت والمستحق غير المولى فلما تغير المستحق صار
ذلك شبهة في سقوط القصاص كعبد جرح فباعه مولاه فمات في يد المشتري
لم يثبت القصاص للمشتري لانه لم يكن له حق عند الجراحة ولان
الصحابة رضي الله عنهم قد اختلفوا في المكاتب اذا ترك وفاء بمال الكتابة
في قول زيد بن ثابت رضي الله عنه مات عبدا وفي قول علي وابن مسعود رضي الله
عنهما تؤدى كتابته ويحكم بعتقه قبل موته بلا فصل فلو اعتبر قول زيد رضي
الله عنه كان حق القصاص للمولى ولو اعتبر قول علي وابن مسعود رضي الله
عنهما كان حق القصاص للورثة فاختلاف الصحابة رضي الله عنهم اورث شبهة
في القصاص واما اذا ترك وفاء ولم يترك وارثا سوى المولى ففيه اختلاف
قال في الجامع الصغير ان للمولى القصاص عند ابي حنيفة وابي يوسف ه
وقال بشر عن ابي يوسف في كتاب البيوع لا قصاص للمولى وهو قول محمد وذكر
في شرح الاقطع قول زفر كقول محمد وجه قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف
في المشهور انه لا اشتباه في ولي القصاص لانه هو المولى في الحالين لان حق
القصاص له وقت الجراحة لبقاء الرق وحق القصاص له ايضا وقت الموت بحكم
الولاء والمستحق في الحالين اذا كان واحدا وجب له القصاص لعدم اشتباه المو
لى كالعبد ووجه قول محمد هو طريق الاستحسان كذا قال الفقيه
ابو الليث في شرح الجامع الصغير ان السبب مختلف لان وقت الجناية كان له
حق القصاص لاجل الملك ووقت الموت يجب له بحق الميراث فاذا اشتبه السبب

تكنت الشبهة في القصاص والقصاص يدرأ بالشبهات لأن القاضي لا يدري
بأي سبب يقضي فقال في جوابه ان المولى وان كان يستحق بالميراث والميراث
يجب بالولاء والولاء اثر الملك فصار بمنزلة سبب واحد قال ابو يوسف
وان كان الوارث غير المولى فاجتمع المولى والوارث على القصاص فلا قصاص
لهما لأن المولى سقط حقه بالعتق فاجتماعه مع الوارث لا يعتد به فبقي
الوارث وحده وقد بينا ان لا قصاص له قوله فلا يبالي به اي فلا
يعتبر باختلاف السبب مع اتحاد الحكم لعدم افضائه الى المنازعة كما اذا قال
لك علي الف من ثمن مبيع وقال المقر له لا بل من قرض تجب الالف على المقر
قوله بخلاف تلك المسألة اشار بها الى قوله قال لغيره بعتني هذه
الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل وطيها يعني ان الحكم في تلك
المسألة ليس بمتحد لأن حكم ملك اليمين يغاير حكم النكاح لأن الحل في النكاح
مقصود وفي ملك اليمين لا مقصود فلما لم يتفقا على احد الحكمين لم يثبت الحل قوله
ظهر الاختلاف بين الصحابة رض بيانه آنفا قوله بخلاف الأولى
اي بخلاف المسألة الأولى وهي ما اذا قتل المكاتب وليس له وارث الا المولى
وترك وفاء قوله قال واذا قتل عبد الرهن لم يجب القصاص حتى
يجتمع الراهن والمرتهن اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي
في مختصره ولو كان المقتول رهنا فقتل في يد المرتهن فان اجتمع الراهن والمرتهن
على القصاص فلهما ذلك وان اختلفا فلهما القيمة وكذلك رواها محمد عن
ابي حنيفة وهو قوله الى هنا لفظ الكرخي وانما لم يجز لواحد منهما ان ينفرد
بالقصاص لأن الراهن اذا اقتص اسقط حق المرتهن من الدين فللمرتهن منعه من ذلك
واما المرتهن فليس بمالك للعبد فلا يثبت له القصاص فاذا اجتمعا فقد رضي المرتهن

باسقاط حقه فكان العبد قتل وليس برهن قوله قال واذا قتل ولي
المعتوه فلأبيه ان يقتل ه اي قال في الجامع الصغير اراد بولي المعتوه قريبه
كما اذا كان له ابن مثلا وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في المعتوه يكون له الأب فيقتل رجل ولي المعتوه عمدا قال للأب
ان يقتل وان يصالح وليس له ان يعفو وكذلك ان قطعت يد المعتوه عمدا
وكذلك الوصي في هذا كله الا القتل فانه ليس له ان يقتل الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير قال فخر الاسلام البزدوي وحاصل هذا الفصل ان
الروايات اتفقت في الأب انه يستوفي القصاص في النفس وما دونها وانه يصالح
في البابين جميعا ولا يصح عفوه في البابين جميعا واتفقت الروايات في الوصي
انه لا يملك استيفاء النفس وانه يملك استيفاء ما دونها وانه يملك الصلح فيهما
ولا يملك العفو في البابين وانما اختلفت الروايات في الوصي في فصل واحد
وهو صلحه في النفس على مال فقال ههنا اي في الجامع الصغير يصح صلحه
وقال في كتاب الصلح لا يصح ه اما الأب فانه يستوفي القصاص بكل حال
لأن القصاص شرع للتشفي ودرك الثار وذلك راجع الى النفس وللأب ولاية
على نفسه لقربه وكمال شفقته وهذا امر معهود من الآباء ه واما الصلح
فانه انفع للصغير والمعتوه من الاستيفاء فلما ملك الاستيفاء كان الصلح اولى
واما العفو فلا يملكه لأنه ابطال لحقه ه واما الوصي فانه لا يملك القصاص استيفاء
في النفس لما قلنا انه فات الولاية على النفس وليس للوصي هذه الولاية لأنه
لا ينزل منزلته في التشفي ودرك الثار ويملك استيفاء ما دون النفس والقياس
ان لا يملكه لأنه عقوبة مثل القتل يراد به ما يراد بالآخر وجه الاستحسان
ان الطرف لما كان تبعا للنفس وصلح وقاية لها صار كالمال ولهذا جوز

ابو حنيفة القضاء بالنكول في الطرف والوصي يملك استيفاء المال واذا ملك
الاستيفاء فيما دون النفس ملك الصلح عنه لانه انفع واما العفو فلا
يشكل انه باطل واما الصلح في النفس فلا يصح من الوصي في رواية كتاب الصلح
لان الصلح بمنزلة الاستيفاء ولما كان الاستيفاء تصرفا في النفس كان
الاعتياض عنه ملحقا به ووجه هذه الرواية ان استيفاء القصاص
ليس باستيفاء للمال بل المقصود منه درك الثار وذلك لا يحصل باستيفاء به
فبطل لفوات المقصود فاما المقصود بالصلح فمنفعة المال وذلك حاصل بعقده
كما يحصل بعقد الاب فوجب القول بصحته قالوا الصحيح ان القاضي مثل
الاب يملك الاستيفاء في النفس وفيما دون النفس لان له ولاية في النفس
والمال جميعا الا ترى ان اصحابنا قالوا في رجل قتل عمدا ولا ولي
له ان للسلطان ان يقتل قاتله وان يصالح وكذلك اذا قتل اللقيط في
قول ابي حنيفة ومحمد قال الفقيه ابو الليث هذا اذا ادرك معتوها
واما اذا ادرك عاقلا ثم لحقه العته ففي قول زفر لا ولاية للوصي في ماله
ولا في نفسه وفي قول ابي يوسف حكمه وحكم الذي ادرك معتوها سواء
قوله لانه من الولاية على النفس ه اي لان استيفاء القصاص
قوله فيليه كالانكاح قال بعض الشارحين في هذا الموضع
كل من ملك الانكاح لا يملك استيفاء القصاص فان الاخ يملك الانكاح
ولا يملك استيفاء القصاص فاقول هذا ليس بشيء لان الاخ يملك استيفاء
القصاص اذا لم يكن ثمة من هو اقرب منه كالاب والابن وكذلك يملك
الانكاح اذا لم يكن ثمة ولي اقرب منه فاذا كان ثمة اقرب منه فلا
يملك الانكاح ايضا لان من يستحق الدم هو الذي يستحق مال المقتول على فرائض

الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء حتى الزوج والزوجة وبه صرح
الكرخي في مختصره قوله وله ان يصالح ه اي وللاب ان يصالح
القاتل على مال عن قصاص وجب عليه قال بعضهم في شرحه هذا اذا
صالح على مثل الدية اما اذا صالح على اقل من الدية لم يجز الحط وان قل ويجب كمال
الدية ولنا فيه نظر لان لفظ محمد في الجامع الصغير مطلق حيث جوز صلح
ابي المعتوه عن دم قريبه مطلقا لانه قال وله ان يصالح من غير تقييد بقدر
الدية فينبغي ان يجوز الصلح على اقل من قدر الدية عملا باطلاقه وانما جاز صلحه
على المال لانه انفع للمعتوه من القصاص فاذا جاز استيفاء القصاص فالصلح اولى
والنفع يحصل في القليل والكثير الا ترى ان الكرخي قال في مختصره
واذا وجب لرجل على رجل قصاص في نفس او فيما دونها فصالح صاحب الحق من
ذلك على مال فذلك جائز قليلا كان المال او كثيرا كان ذلك دون دية
النفس او ارش الجراحة او اكثر وهو حال في مال الجاني ولا يكون ذلك
على العاقلة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله وهذا من قبيله
اي القصاص من قبيل الولاية على النفس وليس للوصي ذلك قوله تحت
هذا الاطلاق ه اراد به قوله والوصي بمنزلة الاب في جميع ذلك قوله
فينزل منزلة الاستيفاء ه اي ينزل الصلح على مال عن النفس منزلة استيفاء
القصاص لكونه تصرفا في النفس وليس للوصي استيفاء القصاص فكذلك لا يكون
له الصلح عنه من رواية كتاب الصلح قوله ووجه المذكور هنا ه اي
في الجامع الصغير قوله لما فيه من الابطال ه اي في العفو عن القصاص
ابطال حق المعتوه اصلا قوله هو اولى ه اي الوصي اولى بان لا
يملك العفو عن القصاص من الاب قوله قال ومن قتل وله اولياء صغار

وكبار فللكبار ان يقتلوا القاتل عند ابي حنيفة وقالا ليس لهم ذلك حتى يدرك
الصغار اي قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل
يقتل عمدا وله اولياء صغار وكبار هل للكبار ان يقتلوه قبل ان يكبر
الاصاغر فقال نعم وقال ابو يوسف ليس لهم ان يقتلوه حتى يكبر الاصاغر
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذكر الشيخ ابو جعفر الطحاوي والشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصريهما قول محمد مع ابي يوسف قال الطحاوي ومن
قتل وله اولياء بعضهم حاضرون وبعضهم غايبون لم يقتل حتى يحضروا جميعا
ومن قتل وله ابنان احدهما كبير والاخر صغير فان ابا حنيفة قال للكبير
ان يقتل قبل ان يكبر الصغير وقال ابو يوسف ومحمد ليس له ذلك حتى يكبر
الصغير الى هنا لفظ الطحاوي وقال الكرخي قال ابو حنيفة اذا قتل
الرجل وله ولد صغار وكبار فللاكابر من ولده ان يقتلوه قبل بلوغ الصغار
واحتج بان قاتل علي رضي الله عنه قتله الحسن رضي الله عنه وفي ورثته
علي صغار وقال ابو يوسف ومحمد ليس للكبار ان يقتصوا حتى يبلغ الكبار
الى هنا لفظ الكرخي وقال القدوري في شرحه وكان ابو بكر
الرازي يقول محمد مع ابي حنيفة وقال علاء الدين العالم في طريقة
الخلاف القصاص اذا كان بين صغير وكبير يتفرد الكبير بالاستيفاء وقال
الباقون من اهل العلم لا يتفرد وحجتهم قولهم ان القصاص حق مشترك بين
الصغار والكبار فلا يجوز للكبار ان يستوفوا حق غيرهم كما اذا كان
احد الورثة غايبا وكما اذا قتل عبد بين اثنين ليس لاحد الشريكين ان يتفرد
بالقصاص وكما اذا قتل معتق لاثنين وهما ولياه ليس لاحدهما التفرد
بالقصاص ولابي حنيفة قوله تعالى ومن قتل مظلوما فقد جعلنا لوليه

سلطانا فالولي الكبير هو الولي فله القتل بحكم الاية والمراد من السلطان هو
القتل بدليل قوله تعالى فلا يسرف في القتل وروي عن علي رضي الله
عنه انه لما اصابه ابن ملجم قال في وصيته اما انت يا حسن فان شيت ان تعفو
فاعف وان شيت ان تقتص فاقتص بضربة واحدة واياك والمثلة فلما مات علي
رضي الله عنه قتل به وفي ورثة علي رضي الله عنه صغار منهم العباس بن علي وكان
له اربع سنين وذلك بحضرة الصحابة رضوان الله عليهم من غير نكير كذا في
مختصر الاسرار وقال محمد بن سعد في كتاب الطبقات الكبير والعباس
ابن علي يوميذ صغير فلم يستان به بلوغه ولان ملك القصاص ثابت للكبير
على سبيل الكمال فوجب ان يتفرد بالاستيفاء قياسا على القصاص الواجب على
رجل اذا قتل شخصين لكل واحد منهما ولي على حدة حيث يثبت لكل واحد منهما ملك
القصاص على سبيل الكمال حتى يتفرد بالاستيفاء وان ابى الاخر او عفاه
بيان ثبوت ملك القصاص للكبير على سبيل الكمال ان البنوة سبب
لثبوت ملك القصاص وهي لا تتجزى فلا يتجزى ملك القصاص ايضا فيثبت
على سبيل الكمال كما يثبت على سبيل الكمال عند الانفراد والاجماع دال
على ان الكبير يملك القصاص لانه يملك العفو والاعتياض فلو لم يملك القصاص
لم يملك ذلك لانه مبني على ملك القصاص ولانه لو انتظر بلوغ
الصغار فاما ان ينتظر للاستيفاء او لتوهم العفو في ثاني الحال فلا معنى
للتاخير لاجل الاستيفاء لانهم لو اجتمعوا لكان بعضهم يقتله فلا يكون
لاجتماعهم فايدة ولا فايدة في الانتظار لاجل العفو في ثاني الحال لانه لو وجب
التاخير لهذا المعنى لكان لا يجب القصاص بوجه من الوجوه لان كل قصاص
يجب فانه يتوهم العفو في ثاني الحال ومع ذلك لا يوخر وكذلك هاهنا وليس

وليس بمنزلة غيبة بعض الورثة لأن هناك يتوهم العفو من الغائب في الحال وأما هاهنا فلا يوجد هذا المعنى والجواب عن مسئلة المولين قالوا انه لا رواية في هذا فيمتنع او نقول لا نسلم انه لا ينفرد احدهما بالاستيفاء ولئن سلمنا فنقول ان احد المولين انما لم ينفرد بالاستيفاء لأن السبب لم يكمل في حقه لأن بعض الملك وبعض الولاء ليسا بسبب اصلا فصارا جميعا كشخص واحد فثبت ملك قصاص واحد لشخص واحد بخلاف القرابة فانها سبب كامل لاستحقاق كل القصاص يؤيد ما قلنا من الفرق بين حق ثبت بحكم الملك وبين حق ثبت بحكم النسب ان الأمة المشتركة بين المولين لا يملك احدهما ان ينفرد بتزويجها بخلاف الأخت حيث يزوجها احد الأخوين لأن السبب هنالك متبعض وهنا لا والباقي يعلم في نسخ طريقة الخلاف ان شاء الله تعالى ه قوله قال ومن ضرب رجلا بمر فقتله فان اصابه بالحديد قتل به وان اصابه بالعود فعليه الدية ه اي قال في الجامع الصغير قال فخر الاسلام وهذه بعينها من الخواص ه اطلق الرواية في الجامع الصغير ولم يفصل فان اصابه بحد الحديد فعليه القصاص عندهم جميعا لوجود القتل على وجه الكمال وان اصابه بعرض الحديد فقتله دقا يجب عليه القصاص عند ابي حنيفة في ظاهر الرواية لوجود القتل على صفة الكمال نظرا الى الآلة لأن الحديد سلاح كله حده وعرضه في ذلك سواء وهو سلاح كله في العادة والشريعة في الدنيا والآخرة قال تعالى وانزلنا الحديد فيه بأس شديد وقال تعالى ولهم فيها مقامع من حديد ه وروى الطحاوي انه يعتبر الجرح ان قتله جرحا بأي آلة كانت يجب القصاص سواء كانت حديدا او لم تكن يعني ان تكون آلة يقصد بها القتل عادة لوجود القتل من كل وجه بتخريب الحيوة

ظاهرا وباطنا بصفة التعمد وان قتله دقا لا قصاص عليه سواء كانت الآلة حديدا او لم تكن لعدم افساد الظاهر فلم يكن القتل حاصلا بصفة الكمال قال الصدر الشهيد وسنجات الميزان على اختلاف الروايتين ايضا ثم قال والأصح عنده الجرح ه اي عند ابي حنيفة وان اصابه بالعود فعليه الدية ولا قصاص عليه لأنه ليس بسلاح ولكنه ان كان عظيما لا يلبث كان كالسيف عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة هو كالسوط والمسئلة معروفة احتجا بان ما لا يلبث يعمل عمل السيف وزيادة توجب ان يلحق به واحتج ابو حنيفة بان هذا قتل تمكنت فيه شبهة الخطاء فلا يجب به القود كالقتل بالسوط الصغير لأن الآلة غير موضوعة للقتل ولأنه يؤثر في الباطن دون الظاهر لأنه لا يعدل ما يؤثر فيهما فكذلك هاهنا قوله وعنه انما يجب اذا جرح وهو رواية الطحاوي قوله على ما نبينه ه في هذه الحوالة نظر قوله هو بمنزلة العصا الكبيرة ه اي عود الثمر اذا كان لا يلبث بمنزلة العصا الكبيرة فيكون قتلا بالمثقل كمدقة القصارين وحجر الرحى لا يجب القصاص عند ابي حنيفة ولكن يجب الدية في ماله في ثلاث سنين لأنه عمد وقال ابو يوسف ومحمد والشافعي يجب القصاص لأنه قتل عمد فيوجب القصاص لقوله عليه السلام العمد قود قوله وقيل هو بمنزلة السوط ه يعني اذا كان العود مما لا يلبث قوله وهي مسئلة الموالاة اذا والى الضربات بالسوط الصغير والعصا الصغيرة لا يجب به القصاص وقال الشافعي يجب القصاص اذا والى الضربات على وجه لا تحتمله النفس عادة لأنه دلالة القصد الى القتل لأنه قد يشرع حدا او تعزيرا في مواضع لا يكون القتل مشروعا فلو كان ذلك دلالة القصد لم يشرع في موضع لا يكون القتل مشروعا ولأن

احتمال حصول القتل بالضربة الاولى والثانية قايم لانه من الجائز اصابت
المقتل فافضى الى فوات الحيوة فلا يدل على صفة العمدية لان الضربة والضربتين
يراد بهما التاديب غالبا لا القتل ويحتمل ان القتل حصل بالموالاة بكل الضربات
فيكون القتل بصفة العمدية فتمكن هذا الاحتمال يوجب تمكن الخلل في العمدية
فلا يجب القصاص لان الشبهة دارية للقصاص والدليل عليه الحديث
الا ان قتيل خطاء العمد قتيل السوط والعصا ولم يفصل بين الموالاة وغيرها
ولان الغالب هو الموالاة بالقتل فيحمل عليه **قوله** ومعناه اما
المقتل ه اي لعل اول الفعل وهو الضربة اصاب المقتل فافضى الى القتل فلا يدل
ذلك على العمد فلا يجب القصاص لان الضربة لا يراد بها القتل بل التاديب ه
قوله ومن غرق صبيا او بالغا في البحر فلا قصاص عليه عند ابي حنيفة
وقالا يقتص منه وهذه من مسائل الجامع الصغير قال فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل يغرق الصبي او الرجل في البحر قال لا قصاص عليه وقال
يعقوب ومحمد عليه القصاص وقول الشافعي كقولهما ولكن عند
الشافعي يقتص منه بالتغريق وعندهما يقتص بالسيف وقد مر ذلك عند
قوله ولا يستوفى القصاص الا بالسيف وجه قول الشافعي قوله عليه السلام
من غرق غرقناه ومن احرق احرقناه ووجه قولهما ان الماء اذا
كان بحيث لا يتخلص منه غالبا يكون كالقتل بالنار والحديد فيجب فيه القصاص
لكن بالسيف لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف وليس كذلك اذا كان
مما يتخلص منه لان ذلك لا يقصد به القتل فصار ذلك كالقتل بالعصا الصغير
ولان الماء الذي لا ينجو منه قاتل عادة فصار مثل هذا الماء آلة للقتل
واستعمال آلة القتل دليل العمدية ولا شك في عصمة المحل لان كلا منهما آلة اذا

كان المقتول محقون الدم على التابيد وقد وجد فيجب القصاص ولابي
حنيفة انه قتل بما ليس بسلاح ولا يجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء فلا يجب
القصاص لقوله عليه السلام لا قود الا بالسيف ولان الماء لا يعمل في الظا هر
وليس بالة للقتل فلم يكن في معنى السيف ولا يعذب بالماء في الدار الاخرة الا
بواسطة الحرارة المتناهية ليصير بمنزلة النار قال الله تعالى يطوفون
بينها وبين حميم آن وهو الذي انتهى حره فاما عينه فطهور وغذاء في الوضع
وكان ذلك مثل الحجر والخشب وما ليس بسلاح على الاختلاف بخلاف النار
فانها تعمل في الظاهر والباطن جميعا وهو العذاب الاكبر في دار العذاب
في دار الاخرة فكان فوق السيف فتعدى اليه حكم القصاص والجواب
عن حديث الخصم قالوا انه غير مرفوع الى النبي صلى الله عليه وسلم
ولئن صح فهو محمول على السياسة بدليل اضافة التغريق الى النبي
صلى الله عليه وسلم حيث قال من غرق غرقناه ولم يقل من غرق غرق واذا لم
يجب القصاص بالتغريق تجب الدية المغلظة على العاقلة في ثلاث سنين لانه
شبه العمد وقد مر حكم شبه العمد **قوله** ولا مساواة في العصمة ه يعني
لا شك في عصمة المحل **قوله** وفيه وفي كل خطاء ارش من تمام الحديث
قوله ولان القصاص ينبئ عن المماثلة ه يعني ان القصاص لما كان
ينبئ عن المماثلة في لغة العرب بدليل قولهم اقتص اثره اي تبعه ويسمى
الجلمان مقصة لان احدهما يماثل الآخر لم يجب القصاص في التغريق لان القصاص
بالسيف وهو يعمل في الظاهر والباطن والتغريق لا يعمل في الظاهر ولكن لا يجب
القصاص في القتل بالمثقل كمدقة القصابين لانه لا مماثلة بين الدق الذي يعمل في
الباطن دون الظاهر وبين الحز بالسيف الذي يعمل في الظاهر والباطن جميعا **قوله**

وقد اومت اليه اضافته الى نفسه ه اي اشارت الى الحمل على السياسة
اضافة النبي صلى الله عليه وسلم فعل التعزير الى نفسه باسناد الفعل حيث
قال غرقناه **قوله** واختلاف الروايتين في الكفارة ه اي اختلاف الروايتين
عن ابي حنيفة في شبه العمد في الكفارة ه روي ان الكفارة تجب وهو
الصحيح وروي انها لا تجب اما الدية في شبه العمد تجب على العاقلة رواية
واحدة قال في شرح الكافي وان كان خنقا خنق غير مرة وهو معروف
بذلك فعليه القتل بطريق السياسة كما جاء في الحديث ان يهوديا رضخ راس
صبية بين حجرين فاخذ واعترف فامر النبي صلى الله عليه وسلم برضخ راسه
لان عادته كانت ذلك **قوله** قال ومن جرح رجلا عمدا فلم يزل
صاحب فراش حتى مات فعليه القصاص ه اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان سبب وجوب القصاص سفك دم محقون على التابيد عمدا وقد وجد
ذلك ولم يوجد ما يبطل حكمه من العفو والشبهة فيجب القصاص لان الظاهر
انه مات بذلك السبب لعدم تخلل البرء فاضيف الحكم الى الظاهر **قوله**
قال واذا التقى الصفان من المسلمين والمشركين فقتل مسلم مسلما ظن انه مشرك فلا
قود وعليه الكفارة ه اي قال في الجامع الصغير ه اما عدم وجوب القصاص
فلانه وقع خطاء منه ه واما وجوب الكفارة فلانه اراق دما معصوما
بعصمة الاسلام خطاء وفي الخطاء الكفارة بالنص وقال فخر الاسلام
تجب الدية ايضا ونقله عن السير الكبير لانه خطاء وفي الخطاء الدية بالنص
وقال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير لم يذكر محمد في الجامع الصغير
الدية انها تجب ام لا ثم قال الفقيه وهذا على وجهين ان راه في صف المشركين
فظن انه مشرك لا تجب عليه الدية وتجب عليه الكفارة وان لم يكن في صف

المشركين ولكن كانوا مختلطين فظن انه مشرك فقتله فعليه الدية والكفارة
ولا قصاص عليه اما اذا كان في صف المشركين لا تجب على المسلم الدية لان المسلم
مامور بقتال الكفار فالذي وقف في صفهم فقد عرض نفسه للتلف الا ترى
الى ما روي عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال ان الله تعالى بعثني بالسيف
بين يدي الساعة وجعل رزقي تحت ظل رمحي وجعل الذل والصغار على من خالفني
من تشبه بقوم فهو منهم والخبر ورد في امر القتال ففيه دليل ان الذي
وقف في صف المشركين فقد تشبه بهم ففي حكم جواز القتل هو منهم واذا كان في
الحكم منهم لا تجب الدية ولكن تجب الكفارة كرجل قتل مسلما اسلم في دار الحرب
فعليه الكفارة ولا دية عليه فكذلك هنا واما اذا كانوا مختلطين فانه
تجب الدية لانه قتل مسلما خطاء واذا قتل مسلما خطاء تجب الدية والكفارة
لقوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله
وروي في الخبر ان المسلمين قتلوا يوم احد اليمان وهو ابو حذيفة فظنوا
انه مشرك فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم على المسلمين بالدية فتركها حذيفة
رضي الله عنه ولم ياخذها **قوله** وكذا الدية بالنصب ه عطفا على قوله
الكفارة يعني يوجب قتل المسلم مسلما على ظن انه مشرك الدية ايضا كما يوجب
الكفارة **قوله** على ما نطق به الكتاب ه اي كتاب الله تعالى اشار به
الى قوله تعالى ومن قتل مؤمنا خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله
قوله على اليمان ابي حذيفة قال ابن شاهين في كتاب المعجم حدثنا
عبد الله بن محمد قال حدثني عمي عن ابي عبيد قال حذيفة بن حسيل بن جابر بن ربيعة
عمرو بن اليمان لانه من ولد اليمان بن جروة بن الحرث بن قطيعة بن عبس توفي
حذيفة رضي الله عنه بالمداين سنة ست وثلاثين وقال في كتاب الهداية والارشاد

قال الواقدي حذيفة بن اليمان بن حسيل بن جابر العبسي حليف بني عبد الأشهل
وابن اختهم ثم اعلم ان اليآء قد تلحق بآخر الاسم مشددة مكسورا ما قبلها
للنسبة كيمني وشامي وقد تراد عوضا عن التشديد قبل اليآء ألف كيمان وشآم
كذا في المفتاح ثم ان كان اليمان ابو حذيفة منسوبا الى اليمن يجب ان
يكون نونه مكسورا لانه حذف منه يآء النسبة وعوض منه الألف وبقي
النون على حاله وان كان اسما موضوعا له هكذا يجب ان يجري بوجوه
الاعراب قوله قال ومن شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته
حية فمات من ذلك فعلى الاجنبي ثلث الدية ه اي قال في الجامع الصغير
وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله
عنه في رجل شج نفسه وشجه رجل وعقره اسد واصابته حية فمات من ذلك
قال الاسد والحية شيء واحد وعلى الاجنبي ثلث الدية وذلك لان القتل
حصل بثلثة انواع من الفعل وهي جناية الاسد والحية وهي نوع لكونه هدرا
في الدنيا والآخرة لانه لا يجب الضمان ولا الاثم بذلك وفعل نفسه وهو نوع
آخر وهو معتبر ليس بهدر في الآخرة لانه يأثم بجنايته على نفسه وان لم
يكن معتبرا في حق الضمان للشافي لان الانسان لا يصح ان يضمن نفسه لنفسه
وقال ابو حنيفة ومحمد ان من قتل نفسه يغسل ويصلى عليه وقال
ابو يوسف يغسل ولا يصلى عليه كالباغي لانه باغ على نفسه ويؤثم بالاجماع فثبت
ان جنايته على نفسه ليست بهدر مطلقا وهما يقولان انما يكون تمام
القتل بالموت وعند الموت هو ليس باهل للاضافة وفعل الاجنبي وهو نوع
آخر لانه معتبر في الدنيا والآخرة لانه يوجب الضمان والاثم جميعا فكان
القتل حاصلا بثلث جنايات ثلثها هدر اصلا لما قلنا وثلثها الذي هو فعل نفسه لم

يوجب الضمان ايضا للشافي فبقي الثلث وهو فعل الاجنبي فوجب عليه ثلث
الضمان وهو ثلث الدية ولكن يجب في ماله لان فعله وقع عمدا والعاقلة
لا تتحمله ه فصل لما ذكر المسائل التي فيها يجب القتل شرع
في فصل يشتمل على مسائل فيها عرضية وجوب القصاص ه يقال شهر سيفه
اذا سله ه واطل دمه اي اهدر قوله قال ومن شهر على المسلمين سيفا فعليهم
ان يقتلوه ه اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب
عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل شهر على المسلمين سيفا قال حق على المسلمين
ان يقتلوه ولا شيء عليهم وذلك لانه لما شهر عليهم السيف وقصد قتلهم صار
حربا عليهم فكان كالباغي فبطلت عصمة دمه للمحاربة قال تعالى فقاتلوا
التي تبغي حتى تفيء الى امر الله فجاز للمسلمين الذين شهر عليهم السيف ان يقتلوه ه وفي
قوله عليهم ان يقتلوه اشارة الى انه يجب عليهم ان يقتلوه دفعا للشر عن انفسهم
لان دفع الشر واجب وجاز لغيرهم ان يعينوهم على ذلك حتى يدفعوا الشر عنهم
لقوله عليه السلام انصر اخاك ظالما او مظلوما ه يعني اذا كان ظالما تمنعه
عن الظلم واذا كان مظلوما تمنع الظلم عنه وباقي الكلام في هذا
الموضع مر في آخر كتاب السرقة قوله قال وان شهر المجنون على غيره
سلاحا فقتله المشهور عليه عمدا فعليه الدية في ماله ه اي قال في الجامع الصغير
قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف الجمل او الصبي او المجنون
اذا صال على انسان فقتله المصول عليه يضمن وقال الشافعي لا يضمن
واجمعوا ان الجمل والعبد اوصيد الحرم اذا صال على انسان فقتله المصول
عليه لا يضمن ه وروي عن ابي يوسف انه يجب الضمان في الدابة ولا يجب
في الصبي والمجنون وقال الطحاوي في مختصره وقال ابو يوسف رحمه الله

استقبح في هذا ان اضمنه قيمته يعني في البعير اذا صال على انسان وجه
قول الشافعي لزم الاعتبار بما ذكرنا من الاحكام ولان التلف اضيف الى
فعل الدابة او المجنون لان المصول عليه مسلوب الاختيار من جهة غيره فصار
المصول عليه كالآلة فصار كالمكره مع المكره فان المكره متى صار مسلوب
الاختيار من جهة المكره يضاف التلف الى فعل المكره فكذلك المصول عليه
صار مسلوب الاختيار من جهة الصائل لانه مضطر في دفع الهلاك عن نفسه
فصار كالآلة وهذا معنى قوله فاشبه المكره والفرق لابي يوسف
ان فعل الدابة لا يعتبر حتى لو تحقق ذلك لا يجب الضمان لان جرح العجماء
جبار وفعل الصبي والمجنون يعتبر بدليل وجوب الضمان اذا تحقق
ذلك منهما ولان عصمتهما لانفسهما لا لحق الغير وعصمة الدابة لحق
المالك لا لنفسها فكان فعلهما مسقطا لعصمتهما دون فعل الدابة ولنا
انه اتلف شخصا معصوما بالعصمة الابدية كما في الصبي والمجنون فيجب الضمان الا
انه لا يجب القصاص لانه مضطر في دفع الشر عن نفسه او اتلف مالا معصوما
حقا للمالك كما في الدابة فيجب الضمان وفعل الصبي والمجنون والدابة لا يسقط
العصمة لعدم الاختيار الصحيح ولا يشبه العاقل البالغ اذا صال بالسلاح يسقط
عصمته لان له اختيارا صحيحا فان قلت ان الحيوان المؤذي لا يقبل
العصمة قلنا ايش تعني بذلك عصمة ثبتت حقا له او عصمة ثبتت حقا
للغير الذي لا يوجد منه الاذى الاول مسلم والثاني ممنوع بيانه
ان عصمة الدابة ثبتت حقا للمالك والاذى وجد من الدابة لا من المالك فلا يوجب
بطلان العصمة الثابتة حقا للمالك ولا يرد عليه العبد القاتل لان
عصمة دم العبد ثبتت حقا له ولهذا ليس للمولى سفك دمه قال ابو بكر

الرازي في كتاب اهل البغي من شرح الطحاوي قال اصحابنا فيمن شهر عليه عبد رجل
سلاحا فقتله المشهور عليه انه لا ضمان عليه وفرقوا بينه وبين البعير والفرق
بينهما من وجهين احدهما ان حظر قتله لم يتعلق بالمولى الدليل على ذلك
انه لو اباحه له لم يكن له قتله لان المولى لا يملك ذلك منه فلا يجوز ان يبيحه
لغيره فلما لم تصح الاباحة من جهته لم يعتبر بقاء الحظر من جهته في ايجاب ضمانه
اذا فعل العبد ما اباح به دمه الا ترى ان الحر اذا فعل مثل ذلك اباح
دمه كذلك العبد والوجه الآخر ان العبد ممن يملك اباحة دمه
الا ترى انه لو ارتد عن الاسلام قتل وكذلك لو قتل رجلا عمدا قتل فلما
كان مالكا لاباحة دمه من هذه الوجوه كان كذلك في حمله على غيره بالسلاح
واما صيد الحرم فلان عصمته انما ثبتت بالشرع لحرمته او لحرمة الحرم موقتا
الى غاية الاذى فاذا وجد الاذى من جهته لم يبق معصوما بخلاف ما نحن فيه ه
قوله قال ومن شهر على غيره سلاحا في المصر فضربه ثم قتله الآخر فعلى
القاتل القصاص ه اي قال في الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في
شرح الجامع الصغير معنى هذا انه شهر سيفه وضربه وتركه فلا يجوز للآخر
ان يقتله اذا تركه فاذا قتله فقد قتله بغير حق واذا قتله بغير حق فعليه القصا ص
واما اذا كان حين شهر عليه السيف ضربه ولم يتركه ولكنه يريد ان يضربه
مرة اخرى فقتله الآخر فلا شيء عليه وقوله فضربه ه اي الشاهر ثم قتله
الآخر ه اي المشهور عليه قوله قال ومن دخل عليه غيره ليلا واخرج
السرقة فاتبعه وقتله فلا شيء عليه ه اي قال في الجامع الصغير وذلك
لان حرمة المال مثل حرمة النفس ومتى قصد نفسا معصومة بالقتل سقطت عصمته
فكذا اذا قصد المال المعصوم سقطت عصمته واصله ما روى الترمذي في جامعه

باسناده إلى سعيد بن زيد بن عمرو بن نفيل رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم قال من قتل دون ماله فهو شهيد ومن سرق من الارض شبرا طوقه يوم القيمة من سبع ارضين ه وباسناده إلى سعيد بن زيد ايضا قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول من قتل دون دينه فهو شهيد ومن قتل دون دمه فهو شهيد ومن قتل دون ماله فهو شهيد ومن قتل دون اهله فهو شهيد وذكر مسلم في كتاب الايمان من صحيحه وباسناده إلى عبد الله بن عمر رضي الله عنهما قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اريد ماله بغير حق فقاتل فقتل فهو شهيد وذكر مسلم في صحيحه باسناده إلى عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال من قتل دون ماله فهو شهيد بيانه ان كل جهة متى كان القتيل فيها شهيدا كان قتله هدرا لو كان هو القاتل الا ترى ان له ان يمنعه في الابتداء بالقتل وله ان يسترده في الانتهاء بالقتل ايضا قالوا في شروح الجامع الصغير هذا اذا لم يمكنه استنقاذ المال من يده الا بالقتل فاما اذا علم انه لو صاح به يترك المال ويهرب فلم يفعل هكذا ولكن قتله كان عليه القصاص لانه قتله بغير حق كالمالك اذا قتل الغاصب لانه يتمكن من استرداد المال من يده بدون القتل كذا ذكر فخر الدين قاضي خان قوله دون ماله اي لاجل ماله ه

باب القصاص فيما دون النفس

لما ذكر القصاص في النفس شرع في بيان القصاص فيما دونها والاصل في ثبوت القصاص فيما دون النفس قوله تعالى وكتبنا عليهم فيها ان النفس بالنفس والعين بالعين والانف بالانف والاذن بالاذن والسن بالسن والجروح قصاص اي العين الواحدة تفقأ بالعين الواحدة وكذلك ما بعدها وقوله تعالى والجروح قصاص

اي ذوات قصاص اي فيما يمكن حفظ المساواة فيه تحقيقا لمعنى القصاص وهذه الاية دليل على وجوب القصاص فيما دون النفس وكذا قوله عليه السلم العمد قود وكذا ما روى البخاري في جامعه باسناده إلى انس بن مالك رضي الله عنه قال كسرت الربيع وهي عمة انس بن مالك ثنية جارية من الانصار فطلب القوم القصاص فاتوا النبي صلى الله عليه وسلم فامر النبي صلى الله عليه وسلم بالقصاص فقال انس بن النضر عم انس بن مالك لا والله لا تكسر ثنيتها يا رسول الله فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم كتاب الله القصاص فرضي القوم وقبلوا الارش فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم ان من عباد الله من لو اقسم على الله لابره واذا ثبت وجوب القصاص فيما دون النفس فالمماثلة معتبرة فيه لانه اجري مجرى الاموال بدلالة انه يقع عمدا محضا لا شبهة فيه ومع هذا لا يجب القصاص لعدم المماثلة كما اذا كسر عظم من ساعد او ضلع او ترقوة وما اشبه ذلك ففيه حكومة عدل ه واذا اجري مجرى الاموال اعتبرت المماثلة ولانهم اجمعوا ان الصحيحة لا توخذ بالشلاء ولا بالناقصة الاصابع لعدم المماثلة فيها واجمعوا ايضا ان اليمنى لا توخذ باليسرى ولا اليسرى باليمنى ولا يوخذ شيء من الاعضاء الا بمثله من القاطع الابهام بالابهام والسبابة بالسبابة والوسطى بالوسطى والخنصر بالخنصر ه وكذلك الاسنان الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس بالضرس ولا يوخذ الاعلى بالاسفل ولا الاسفل بالاعلى وكذلك الشجاج والجراح لا يقتص فيما يجب القصاص منه الا في موضع الشجة والجراحة من المشجوج والمجروح والاصل فيه ان منافع الاطراف مختلفة لان اليمنى تخالف في منفعتها اليسرى والاصابع تخالف بعضها بعضا في الانتفاع والاسنان تخالف

بعضها بعضا الا ترى ان الثنايا للتقطيع والاضراس للطحن فصارت باختلاف منافعها كالجنسين المختلفين والمتلف للجنس لا يستحق عليه مثله الا من جنسه فاما الشجاج فان تأثيرها الشين الذي يحصل بها وذلك يختلف باختلاف مواضع الرأس فاذا شجه في مقدم رأسه لم يجز ان يشجه في مؤخره لانه يستوفي ما ليس بمثل لحقه كذا ذكر القدوري في شرحه قوله قال ومن قطع يد غيره عمدا من المفصل قطعت يده ه اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية وان كانت يده اكبر من يد الآخر ه اي كانت يد القاطع اكبر من يد المقطوع قال الكرخي في مختصره وكل عمد ابان جارحة من مفصل ففيه القصاص وما كان من غير المفاصل فلا قصاص فيه فاذا ابان الكف من الزند او من مفصل الذراع او القدم من مفصل القدم او اصبعا من الكف من المفصل او مفصلا من مفاصل الاصبع ففيه القصاص وسواء كانت الجناية فيما دون النفس بسلاح او غيره ذلك سواء وفيه القصاص اذا اعتمد ذلك الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان المماثلة ممكنة الا ترى انه يضع السكين في المفصل فيستوفي مثل ما استوفى القاطع بخلاف ما اذا ابان من غير المفصل حيث لا يجب القصاص لانه لا يمكن استيفاء المماثلة فيه لانه ليس هناك حد ينتهي اليه القطع وانما استوى الجناية فيما دون النفس بسلاح وغيره لان ما دون النفس لا يثبت فيه شبه العمد وانما هو عمد او خطأ قال صاحب الهداية ولا معتبر بكبر اليد وصغرها لان منفعة اليد وهي البطش لا تختلف بالصغر والكبر وهذا بخلاف ما اذا شج رجلا موضحة فاخذت الشجة ما بين قرني المشجوج وهي لا تأخذ ما بين قرني الشاج حيث يخير الشاج ان شاء اخذ ارش الموضحة وان شاء اقتص بمقدار شجته لان المعتبر في ذلك الشين فاذا اقتصر

بمقدار الشجة الاولى طولا وعرضا لا يكون الشين في الشجة الثانية مثله في الاولى لان الشين في الثانية اقل ولو اقتص اكثر من ذلك بحيث يستوعب ما بين قرني الشاج يكون ذلك زيادة على قدر حقه فلا تقع المماثلة في القصاص ولكن في رعاية المماثلة صورة باستيفاء قدر حقه لا ينقص حق المجني عليه معنى وكان مخيرا بخلاف اليد الصغيرة والكبيرة فان منفعتهما لا تختلف قوله قال وكذلك الرجل ومارن الانف والاذن ه اي قال القدوري في مختصره يعني اذا قطع رجل انسان عمدا من المفصل او مارن الانف وهو ما لان منه او الاذن يجب فيه القصاص لان المماثلة ممكنة وانما قيد بالمارن لانه اذا قطع قصبة الانف لا يجب القصاص لانها عظم ولا قصاص في العظم سوى السن واما الاذن اذا قطع كلها ففيها القصاص لامكان المماثلة لانها لا تنقبض ولا تنبسط وان قطع بعضها وللقطع حد يعرف امكنت المماثلة فيجب القصاص وان لم يكن يعرف سقط القصاص كذا ذكر القدوري في شرحه قوله قال ومن ضرب عين رجل فقلعها لا قصاص عليه ه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كانت قائمة فذهب ضوؤها فعليه القصاص تحمى له المرآة ويجعل على وجهه قطن رطب فتقابل عينه بالمرآة قال الكرخي في مختصره ولا قصاص في العين اذا عورت او نخسفت وانما فيها القصاص اذا كانت قائمة وذهب ضوؤها وهو قولهم جميعا الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانها اذا عورت او نخسفت تعذرت المماثلة لانا لو قورناها لم يكن هناك حد لاستيفاء المماثلة وان اذهبنا ضوءها لم نفعل ما فعل الجاني فصار كمن قطع اليد من نصف الساعد لا يجوز ان تقطع يده من الزند فاما اذا ذهب ضوؤها فان القصاص ممكن لانه يجعل على وجهه القطن المبلول وتحمى المرآة وتقرب من عينه حتى يذهب ضوؤها

قال القدوري في شرحه روي ان علي بن ابي طالب رضي الله عنه حكم بذلك
بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير خلاف لان هذا حدث في زمان عثمن رضي
الله عنه فسال عنه الصحابة فلم يكن عندهم فيه شي حتى جاء علي رضي الله عنه
فقضي بذلك وعمل عليه عثمن رضي الله عنه قوله قال وفي السن
القصاص ه اي قال القدوري في مختصره اذا نزع سن رجل عمدا او كسر بعضها
اقتص من الجاني لامكان المماثلة الثنية بالثنية والناب بالناب والضرس
بالضرس والاعلى بالاعلى والاسفل بالاسفل والاصل فيه قوله تعالى والسن
بالسن وخبر الربيع وقد مر في اول الباب ولا معتبر بكبر السن وصغرها
لان منفعة السن وهي القطع في الثنايا والطحن في الاضراس لا تختلف قوله
قال وفي كل شجة تمكن فيها المماثلة القصاص ه اي قال القدوري في مختصره
وذلك لانه اذا امكن المماثلة في القدر وفي مثل موضع الشجة وجب القصاص
لقوله تعالى والجروح قصاص بخلاف ما اذا لم تمكن المماثلة فانه لا يجب
القصاص ه والموضحة يجب فيها القصاص لانه يمكن انهاء السكين الى العظم
قال الكرخي في مختصره والشجاج كلها لا قصاص فيها الا الموضحة
والسمحاق ان امكن القصاص في السمحاق وهذه رواية الحسن عن
ابي حنيفة ه والسمحاق هي التي بينها وبين العظم جلدة وقال محمد في
الاصل ان القصاص يجب في الموضحة والسمحاق والدامية والباضعة وما
فوق الموضحة وهي الهاشمة والمنقلة والآمة لا قصاص فيها عند اهل
العلم الى هنا لفظ الكرخي قوله لما ذكرناه اشارة الى قوله تعالى والجروح
قصاص وهو مبني على المماثلة قوله قال ولا قصاص في عظم الا في
السن ه اي قال القدوري في مختصره اما السن فانما وجب القصاص

فيها لما بيناه واما سائر العظام فلم يجب فيها القصاص لعدم امكان المماثلة
لاحتمال الزيادة والنقصان بخلاف السن لانه يبرد المكسور فيبرد من سن
الجاني بقدر ذلك بالمبرد قال القدوري في شرحه روي عن ابن مسعود
انه قال لا قصاص في عظم الا في السن وعن عمر رضي الله عنه انه قال
لا قصاص في عظم قوله قال وليس فيما دون النفس شبه عمد انما هو
عمد او خطا ه اي قال القدوري في مختصره وذلك لان شبه العمد في
النفس انما ثبت بالنظر الى الآلة لان الآلة لم توضع للقتل فلم يجب القصاص
بل وجبت الدية المغلظة نظرا الى التعمد وفيما دون النفس يستوي السلاح
وغير السلاح في اتلافه فاذا تعمد باي شي كان سلاحا كان او غير سلاح
فابان من المفصل يجب القصاص فاذا كانت الابانة من غير تعمد يجب الارش
ولكن لا يجب القصاص فيما دون النفس حتى يبرا منه او يموت ولا يعجل
بل يتربص حولا خلافا للشافعي وقد عرف ذلك في الاسرار وغيره قال
في العيون ولو ان رجلا لوي ثوبا فضرب به راس انسان فشجه موضحة فانها
عمد لانها دون النفس ولو مات منه قال اظنه صار خطا يعني لا يجب القصاص
قوله ولا قصاص بين الرجل والمراة فيما دون النفس ولا بين الحر والعبد
ولا بين العبدين وهذا لفظ القدوري في شرحه وعند الشافعي يجري
القصاص في جميع ذلك الا في الحر يقطع طرف العبد فانه لا يجري القصاص على
الحر عنده ايضا ه له ان القصاص يجري بين نفس الرجل والمراة وبين نفس الحر
والعبد فيجري القصاص في الاطراف ايضا لان الاطراف تابعة للانفس ولنا
ان القصاص مبناه على المساواة ولا مساواة بين طرف الرجل والمراة لان يد
المراة تصلح لنوع من المنافع لا تصلح له يد الرجل فصارت كاليمين واليسار ه

ولأن أروش الأطراف مختلفة فصارت كالصحيح والأشل وكذلك لا يجري
القصاص بين الحر والعبد فيما دون النفس للتفاوت في الأرش لأن وجوب
القصاص في الأطراف يعتبر فيه التساوي في الارش بدلالة ان الصحيح لا
يقطع بالاشل ولا الكامل الأصابع بالناقص الاصابع لاختلاف الأرش وارش
طرف الحر والعبد يختلف فلا يجري القصاص بل يجب الارش وكذا لا يجري القصاص
بين العبيد والعبيد في الأطراف لانهم ان اختلفوا في القيم فوجوب القصاص في
الأطراف يعتبر على التساوي في القيمة ولم يوجد التساوي وان تساوت قيمتهم
فذلك يعلم بالحزر والظن والمماثلة الثابتة شرعا لا تثبت بالحزر والظن
كالمماثلة في الأموال الربوية عند المقابلة بجنسها فان قيل هذا الذي
ذكرتموه صحيح في المنع من قطع الصحيح بالأشل والحر بالعبد والذكر بالأنثى فلم
أجزتم ان تقطع المرأة بالرجل والعبد بالحر كما يقطع الاشل بالصحيح قيل
النقص على ضربين نقص من طريق المشاهدة يمنع من استيفاء الكامل بالناقص ولا
يمنع من استيفاء الناقص بالكامل كالشلل ونقص من طريق الحكم يمنع من استيفاء
كل واحد من الأمرين بالآخر كاليسار باليمين وما نحن فيه نقص من طريق الحكم
قوله ان الأطراف يسلك بها مسلك الأموال ه اي لكونها وقاية
للنفس كالأموال قوله ويجب القصاص في الاطراف بين المسلم والكافر
كذا ذكر القدوري في مختصره وذلك لأن الكافر متساو في ارش الطرف مع
المسلم فصار كالحرين المسلمين قوله قال ومن قطع يد رجل من نصف
الساعد او جرحه جائفة فبرأ منها فلا قصاص عليه ه اي قال القدوري في مختصره
وكذلك لو قطع رجله من نصف الساق لا يجب القصاص بل تجب حكومة عدل
وذلك لأن الفعل يقع في العظم ولا قصاص في العظم لانتفاء المماثلة إذ ليس له

حد معلوم ينتهي اليه القطع بخلاف السن وقد بيناه واما الجائفة وهي التي
تصل الى البطن من الصدر او الظهر او البطن اذا برأت لا يكون فيها القصاص
لان الجائفة المقتص منها نادر برؤها والهلاك فيها غالب فاذا افضت الى الهلاك
غالبا لا تمكن المماثلة بين الثانية والاولى لوجود البرء في الاولى دون الثانية
فلا يجب القصاص لانتفاء شرط القصاص بل تجب الدية في ماله ولا تكون
الجائفة الا فيما يصل الى البطن ولا تكون في الرقبة ولا في الحلق ولا في
اليدين ولا في الرجلين فان كانت الجراحة من الانثيين والدبر فهي جائفة ذكره
القدوري في شرحه قوله ولا ضابط فيه ه اي في كسر العظم
قوله فيفضي الثاني الى الهلاك ه اراد بالثاني القصاص في الجائفة
قوله قال واذا كان يد المقطوع صحيحة ويد القاطع شلاء او ناقصة
الاصابع فالمقطوع بالخيار ان شاء قطع اليد المعيبة ولا شيء له غيرها وان شاء
اخذ الارش كاملا ه اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ ابو
الحسن الكرخي في مختصره وان كان العيب في جارحة الجاني والمجني عليه صحيح
الجارحة فالمجني عليه بالخيار ان شاء اقتص وان شاء اخذ ارش جارحته فان ذهبت
الجارحة المعيبة قبل ان يختار المجني عليه اخذها بقطعها قاطع بطل حق المجني
عليه الاول الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان حقه ثبت في عضو
سليم مثل عضوه فاذا لم يقدر الا على استيفاء معيب صار كمن اتلف على رجل ما له
مثل وانقطع عن ايدي الناس فلم يبق منه الا ما هو ناقص الصفة عن المتلف
فالمستحق بالخيار ان شاء اخذ الموجود وان شاء عدل الى القيمة لانه لعجز
عن استيفاء جنس حقه بكماله فكذلك هذا ثم اذا اختار المقطوع
القطع فلا ارش له عندنا وقال القدوري في شرحه

وقال الشافعي يقطعها ويأخذ الارش لنا ان حقه ثبت في مثل كامل فاذا
استوفى ناقص الصفة لم يكن له ان يطالب بالنقصان كالمتلف مما له مثل ولانه
وضع السكين في الموضع الذي وضعها فيه القاطع الا انها معيبة فصار عيبها
بالنقصان كعيبها بالشلل وليس هذا كمن اتلف مكيلا فوجد مثل بعضه انه يستوفي
الموجود وقيمة الباقي لان حق المستحق يتعلق بالمتلف وبكل جزء منه وفي مسئلتنا
حق المقطوع في قطع الزند دون الاصابع الا ترى انه لو قال انا اقطع
الاصابع وابرئ من الكف لم يكن له ذلك فدل على ان الاصابع
ليست بنفس حقه وانما هي صفة فيه فهي كالجودة في المكيل والصحة في العضو
فاما اذا ذهبت الجارحة المعيبة قبل ان يختار المجني عليه اخذها فالكلام
فيه على وجهين فان قطعت بحق عليه مثل ان يقتص منها او يقطع في سرقة
فعليه ارش اليد المقطوعة وان تلفت بغير حق عليه سقط حق صاحب القصاص
مثل ان يقطعها رجل ظلما او تتلف بآفة من السماء وقال الشافعي
يجب الارش في الوجهين لنا ان حق صاحب القصاص تعلق باليد وتعين فيها
بدلالة انه ليس له العدول الى الارش مع القدرة فاذا هلك ما تعلق
حقه به سقط حقه كالعبد الجاني اذا قتل او مات فاما اذا قطعت بحق في
قصاص فقد قضى بها حقا عليه ومن قضى عليه بما تعلق به حق غيره كان
مضمونا وكذلك الامام لما قضى عليه بالقطع في السرقة فحكمه يقتضي نقل
حق صاحب القصاص الى الارش الا ترى ان الامام لا يحكم باسقاط
حق الناس ولانها استوفيت بحق عليه فكانها استوفيت بالقصاص
فاذا ثبت هذا قلنا اذا كانت يد القاطع معيبة فتلفت قبل ان يختار
المقطوع المال فحقه كان متعلقا بعينها واذا ثبت له حق العدول باختياره

لاجل العيب فاذا لم يختر حتى تلفت فقد هلك ما تعلق حقه فصار كالشجة
اذا تلفت ولا يقال انه كان مخيرا بين امرين فاذا فات احدهما
تعين الآخر لان حقه لم يثبت الا في اليد وكان له ان يعدل عن هذا
الحق الى بدله فاذا تلف لم تجز له المطالبة بالبدل عنه مع تلفه كذا في شرح مختصر
الكرخي قوله قال ومن شج رجلا فاستوعبت الشجة ما بين قرنيه
وهي لا تستوعب ما بين قرني الشاج فالمشجوج بالخيار ان شاء اقتص بمقدار شجته
يبتدي من اي الجانبين شاء وان شاء اخذ الارش ه اي قال القدوري في مختصره
قال الكرخي في مختصره واذا شج الرجل شجة موضحة فاخذت ما بين
قرني المشجوج وهي لا تاخذ ما بين قرني الشاج فان المشجوج يخير فان شاء اقتص
له فيبتدئ من اي الجانبين شاء حتى يبلغ مقدارها في طولها الى حيث يبلغ ثم يكف
واذا كانت الشجة بين قرني المشجوج وهي تاخذ ما بين قرني الشاج وتفضل
فانه يخير المشجوج ايضا فان شاء اخذ الارش وان شاء اقتص له ما بين قرني
الشاج ولا ازيد على ذلك شيئا واذا كانت الشجة في طول راس المشجوج وهي تاخذ
من جبهته الى قفاه ولا تاخذ الى قفا الشاج فهو بالخيار ان شاء اقتص له مثل
طولها الى حيث تبلغ وان شاء اخذ الارش الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قال
القدوري في شرحه وحكى الطحاوي عن علي بن العباس الرازي وهو علي
الرازي الكبير انه قال في هذه المسائل اذا كانت الشجة لا تستغرق ما بين
قرني الشاج لكبر راسه وقد استغرقت ما بين قرني المشجوج لصغر راسه اقتصصت
له ما بين قرنيه وان زاد على طول الشجة وجه قول اصحابنا ان الشجة
يثبت حكمها للشين الذي يلحق بها ومعلوم ان الشين يزيد بزيادة طولها وباستيعابها بها
ما بين القرنين واذا كان المشجوج صغير الراس فاخذت الشجة ما بين قرنيه

لم يجز ان يستوفي ما بين قرني الشاج وهو اكبر من ذلك لان طول الشجة فيه زيادة
شين فلم يكن بد من اثبات القصاص بقدرها ولصاحب القصاص ان يبتدي
من اي الجانبين شاء لثبوت حقه فيهما وله ان ينتقل الى الارش لان هذه
الشجة لا تلحق بالشاج من الشين ما لحق بالمشجوج لانها تبقى قطعة من جبهته فصارت
كالعيب في محل القصاص فان شاء استوفاه بعينه وان شاء انتقل الى الارش
واما اذا كان ما بين قرني الشاج اقل مما بين قرني المشجوج فلا يمكن
ان يستوفي ما بين قرنيه وزيادة لان في ذلك زيادة شين فكان المشجوج بالخيار
ان شاء اقتصر على ما بين القرنين وان شاء انتقل الى الارش وجه ما قال
الرازي انه يستوفي من العضوين وان كان احدهما اكبر من الاخر كاليد
الكبيرة بالصغيرة قال القدوري وهذا ليس بصحيح لان المقصود
باليد المنفعة وقد تكون منفعة اليد الصغيرة اكثر من منفعة الكبيرة والمقصود
بالشجاج الشين ولزيادة الشجة تاثير في زيادة الشين قوله ما بين قرنيه
وقرنا الرأس جانباه قوله وفي عكسه اي فيما اذا كان راس المشجوج
اكبر من راس الشاج قوله للتعدي الى غير حقه لانه يكون
الشين في الثانية ازيد من الاول قوله لان المعنى لا يختلف اي
المعنى الموجب للتخيير بين ارش الموضحة وبين الاقتصاص بالشجة لا يختلف قوله
قال ولا قصاص في اللسان ولا في الذكر اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه الا ان يقطع الحشفة يعني يجب القصاص في قطع الحشفة هذا
الذي ذكره القدوري رواية الاصل وقال بشر عن ابي يوسف لا قصاص
في بعض اللسان حتى يقطع كله كذا ذكر الكرخي في مختصره وجه ما في
الاصل ان القصاص في اللسان يختلف باختلاف المد الا ترى انه

ويبسط فلا يمكن استيفاء المماثلة فيه فسقط القصاص وقد قالوا جميعا لو
قطع بعض اللسان لا يقتص منه لانه ليس هناك مفصل يوقع فيه القصاص ولا
يعلم بالمماثلة ولابي يوسف انه اذا قطعه من اصله امكنت المماثلة واذا
قطع بعضه لم تمكن المماثلة فلا يجب القصاص فاما اذا قطع الحشفة ففيها
القصاص وان قطع بعضها فلا قصاص لانه اذا قطع الحشفة فهناك حد يوقع فيه
القصاص فتقع المماثلة واذا قطع بعضها او بعض الذكر فليس هناك حد يوقع فيه
القصاص فصار كقطع بعض اللسان فاما اذا قطع الذكر من اصله فقد ذكر في
الاصل انه لا قصاص فيه لانه ينقبض وينبسط فلا تمكن المماثلة فيه وروى
عن ابي يوسف انه اذا قطع الذكر من اصله يجب القصاص لانه اذا استوفى بالقطع
امكنت المماثلة وكذلك في الشفة ان استقصاها بالقطع ففيها القصاص
وان قطع بعضها فلا قصاص لانه اذا استوفى بالقطع امكنت المماثلة وان قطع بعضها
فليس هناك حد للقطع كذا ذكر القدوري في شرحه وقال في شرح
الطحاوي روي عن ابي حنيفة انه قال اذا قطع شفة الرجل السفلى او العليا فكان
يستطاع ان يقتص منه فعليه القصاص فصل لما كان نوع الصلح
والعفو من تابعة الجناية ذكر الفصل المشتمل عليها بعد مسائل الجناية
قوله واذا اصطلح القاتل واولياء المقتول على مال سقط القصاص ووجب
المال قليلا كان او كثيرا هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لقوله تعالى
وجزاء سيئة سيئة مثلها فمن عفا واصلح فاجره على الله ولقوله تعالى فمن
عفي له من اخيه شيء فاتباع بالمعروف واداء اليه باحسان ولما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم انه قال من قتل له قتيل فاهله بين خيرتين ان احبوا قتلوا
وان احبوا اخذوا الدية والمراد منه اخذ الدية برضا القاتل لان موجب

العمد القصاص عينا لقوله تعالى كتب عليكم القصاص خلافا للشافعي وقد
مر ذلك في اول كتاب الجنايات وانما جاز الصلح على مال قليلا كان او كثيرا لانه
اسقاط حق على مال والحقوق التي يجوز اسقاطها بعوض لا يتقدر العوض فيها
اصله الرد بالعيب اذا اسقط على مال ثم ينبغي لك ان تعلم ان الصلح على مال
يجوز على اكثر من قدر الدية في النفس وفيما دونها وهو حال في مال الجاني في القصاص
ولا يكون ذلك على العاقلة اما الصلح على اكثر من قدر الدية في القتل
الخطاء لا يجوز اذا كان على جنس ما افترضت فيه الدية واذا كان الصلح
على خلاف الجنس يجوز وان زاد على قدر الدية نص عليه الكرخي في كتاب الصلح
وقد مر بيانه في كتاب الصلح **قوله** الآية على ما قيل نزلت في الصلح
يعني ان الاية نزلت على قول ابن عباس والحسن البصري ومجاهد والضحاك
في الصلح اي فمن اعطي على سهولة وارتفق به ولي القتيل يقال خذ ما اتاك
عفوا اي سهلا وقوله تعالى من اخيه شيء اي من جهة اخيه المقتول وقوله
شيء اي شيء من المال بطريق الصلح ونكره لانه مجهول القدر فانه يتقدر بما
تراضيا عليه وقوله تعالى فاتباع بالمعروف اي فله اتباع اي فلولي القتيل
اتباع المصالح بمعروف اي مطالبته ببدل الصلح على مجاملة وحسن معاملة وقوله
تعالى واداء اليه باحسان اي على المصالح اداء الى ولي القتيل باحسان بلا اذاء
وقال جماعة من اهل العلم وهو مروي عن عمر وابن عمر وابن مسعود
رضي الله عنهم الاية نزلت في عفو بعض الاولياء ويدل عليه قوله شيء فانه
يراد به البعض وتقديره فمن عفي عنه وهو القاتل من اخيه في الدين وهو المقتول شيء
من القصاص بان كان للقتيل اولياء فعفا بعضهم فقد صار نصيب الباقين مالا
وهو الدية على قدر حصصهم من الميراث وقوله فاتباع بالمعروف اي فليتبع الذين لهم

يعفوا القاتل بطلب حصصهم بالمعروف اي بقدر حقوقهم من غير زيادة
وقوله واداء اليه باحسان اي وليؤد القاتل الى غير العافي حقه
وافيا غير ناقص كذا في التيسير وصحح الامام ابو منصور الماتريدي التاويل الاول
وقد مر ذلك **قوله** لانه ما وجب بالعقد وتذكير الضمير الراجع
الى الدية على تاويل المال والاخفه التانيث اي الدية في قتل الخطاء ليست
بواجبة بالعقد العارض على القتل بل وجبت بالقتل ابتداء فوجبت موجلة الى
ثلاث سنين **قوله** قال وان كان القاتل حرا وعبدا فامر الحر ومو لي
العبد رجلا بان يصالح عنهما على الف ففعل فالالف على الحر ومولى العبد
نصفان اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الصلح وقع عن القصاص والحر
والعبد يستويان في وجوب القصاص عليهما فيستويان ايضا في بدل القصاص
فيجب على كل واحد من مولى العبد والحر نصف الالف وهو خمسمائة ولان
عقد الصلح اضيف اليهما جميعا فلم يكن احدهما اولى بوجوب الضمان من الاخر
فوجب ان يكون بينهما نصفين **قوله** واذا عفا احد الشركاء من الدم
او صالح من نصيبه على عوض سقط حق الباقين من القصاص وكان لهم نصيبهم من
الدية وهذا لفظ القدوري في مختصره والاصل في ذلك ان
القصاص يستحقه من يستحق ماله على فرايض الله تعالى الذكر والانثى في ذلك سواء
والزوج والزوجة في ذلك سواء نص عليه الكرخي في مختصره وكذا
الدية موروثة عنهم وذلك لان القصاص احد بدلي النفس فيقسم بين الورثة
كالدية والدليل على ان الدية بين الورثة انها مال للميت يقضي بها دينه
وتنفذ منها وصاياه كسائر امواله ثم اذا ثبت القصاص لجميع الورثة
ثبت لكل واحد منهم ان يعفو عن نصيبه او يصالح عنه ويبطل بذلك القصاص

وكان على القاتل حق من لم يعف من الدية وليس للعافي من الدية شيء وذلك لما
روي ان دما بين شريكين عفا عنه احدهما فاستشار عمر ابن مسعود رضي الله
عنهما فقال اني ارى هذا قد احياه فلا يملك الآخر ان يميت ما احياه هذا
فعمل عمر رضي الله عنه على قوله وكان ذلك بحضرة الصحابة رضي الله عنهم
من غير نكير فحل محل الاجماع ولان الحق المشترك يملك كل واحد من
الشريكين اسقاط حقه عن نصيبه منه كما يملك لو انفرد به اصله الديون
فاذا سقط نصيب العافي من القصاص بقي نصيب الآخر بحيث لا يمكن استيفاؤه
لان القصاص لا يتجزى استيفاء ودم العمد اذا تعذر استيفاؤه انقلب مالا
كمن قطع يمين من نصف الساعد ويكون ذلك في مال القاتل لانه لم يجب
بنفس القتل وانما وجب بسبب حادث فهو كما وجب بالصلح ولا شيء للعافي منه لانه
اسقط حقه من الاصل فلم يثبت في البدل وهذا بخلاف ما اذا قتل رجلين
ولكل واحد منهما ولي فعفا احد الوليين حيث لا يسقط القصاص لان
الواجب ثمة قصاصان لاختلاف القتل والمقتول وهنا الواجب قصاص واحد
لاتحاد القتل والمقتول فافترقا وهذا الذي ذكرناه من سقوط القصاص
بعفو احد شريكي الدم مذهبنا وقال مالك للآخر ان يقتله كذا ذكر
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي لان حق كل واحد منهما القتل ثابت
على الكمال ولهذا لو قتله لم يضمن شيئا والحجة عليه قضية عمر رضي
الله عنه وقد ذكر محمد قضيته في كتاب الآثار عن ابي حنيفة عن حماد عن ابرهيم
عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه وقال في شرح الكافي ايضا القصاص
والدية يصير ميراثا لكل الورثة عندنا بالسبب والنسب جميعا وقال الشافعي
وهو قول ابن ابي ليلى يستحق بالنسب ولا يورث بالسبب وهو الزوجية حتى لا يرث
يورث

الزوج من قصاص زوجته لو قتلت وكذا من ديتها وكذا الزوجة من قصاص زوجها
ولا من ديته لان القصاص والدية يورث بالموت وعند الموت تنقطع الزوجية
بخلاف القرابة ولنا ما روي عن ضحاك بن سفين الكلابي انه قال ورد
علي كتاب رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ورث امراة اشيم الضبابي من دية
زوجها والحديث مشهور مذكور في الموطا وغيره وقال القدوري في
شرحه وعن علي رضي الله عنه انه قال الدية بين من احرز الميراث ولانها
مال للميت كسائر امواله وقال القدوري في شرحه قال اصحابنا في
دم عمد بين شريكين عفا احدهما فللآخر نصف الدية في مال القاتل في ثلاث سنين
وقال زفر في سنتين لنا انه جزء من الدية مقسط في السنين الثلاث
كما لزم بعض العاقلة وجه قول زفر ان نصف الدية لم تلزم من اجزاء دية
واجبة وانما هو جملة الواجب فصار كما يجب من نصف الدية بقطع اليد خطاء
قوله امتنع بمعنى راجع الى القاتل اي امتنع القصاص يعني انه حق ثبت للشر كا:
لا على التجزي لان القتل واحد ويقتل واحد لا يستحق على القاتل الا قصاص واحد
وقد سقط بعضه فيسقط كله لانه لا يتجزى استيفاء فمن ضرورة سقوط بعضه سقوط
كله قوله اشيم الضبابي هو بكسر الضاد المعجمة والضباب بطن من العرب
ذكره ابن دريد في الجمهرة واشيم من جملة الصحابة رضي الله عنهم وكان
قتله خطاء كذا ذكر في الامالي في معرفة الصحابة وذكر ابن شاهين ضحاك
بن سفين بن عوف بن كعب بن ابي بكر الكلابي من جملة الصحابة رضي الله عنهم
وقال قال ابن سعد كان الضحاك بن سفين الكلابي ينزل فيما والى ضرية
وكان واليا للنبي صلى الله عليه وسلم على من اسلم هناك من قومه وقال
هشام بن محمد بن السائب الكلبي في كتاب جمهرة النسب والضحاك بن سفين بن عوف

ابن كعب وفد على النبي صلى الله عليه وسلم وصحبه وشهد معه فتح مكة وجعله
النبي صلى الله عليه وسلم على الألف الذين اتوه من بني سليم **قوله** من عقل
زوجها اي من دية زوجها **قوله** قال واذا قتل جماعة واحدا عمدا
اقتص من جميعهم اي قال القدوري في مختصره وقال الشافعي كذلك ايضا
قال في وجيزه تقتل الجماعة بالواحد وهذا الذي ذكره القدوري
استحسان والقياس ان لا تقتل الجماعة بالواحد لان القصاص ينبئ عن المساواة
ولا مساواة بين الواحد والجماعة وجه الاستحسان ما روى محمد بن
الحسن في موطاه عن مالك عن يحيى بن سعيد بن المسيب ان عمر بن الخطاب رضي
الله عنه قتل نفرا خمسة او سبعة برجل قتلوه قتل غيلة وقال لو تمالأ عليه
اهل صنعاء لقتلتهم به قال محمد وبهذا ناخذ ان قتل سبعة او اكثر من ذلك
رجلا عمدا قتل غيلة او غير غيلة ضربوه باسيافهم حتى قتلوه قتلوا به كلهم وهو قول
ابي حنيفة والعامة من فقهائنا الى هنا لفظ محمد في موطاه ولان القتل
بغير حق لا يكون في العادة الا بالتغالب والاجتماع لان الواحد يقاوم الواحد
غالبا فلو لم يجب القصاص على الجماعة بقتل الواحد اذى الى سد باب القصاص وفيه
ابطال الحكمة الموضوعة في القصاص وهي احياء النفوس قوله تمالأ اصله
المعاونة في ملء الدلو ثم عم فقالوا تمالؤا اي تعاونوا وصنعاء قصبة في اليمن
قوله واذا قتل واحد جماعة فحضر اولياء المقتولين قتل بجماعتهم ولا شيء لهم
غير ذلك وان حضر واحد منهم قتل له وسقط حق الباقين وهذا لفظ القدوري
في مختصره قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف قال علماؤنا رضي
الله عنهم الواحد يقتل بالجماعة قصاصا على سبيل الاكتفاء وقال الشافعي
لا يقتل اكتفاء غير انه ان قتلهم على التعاقب يقتل بالاول اكتفاء وتجب ديات للباقين

وان قتلهم على المقارنة له فيه قولان في قول يقتل بالواحد منهم غير عين وتجب ديات
الباقين مشتركة بينهم وفي قول يقرع فيقتل لمن خرجت قرعته وتجب الديات للباقين
الى هنا لفظ الطريقة وجه قوله ان اليد الواحدة لا تقطع بالايدي اكتفاء لعدم
المماثلة فكذلك لا تقتل النفس الواحدة بالانفس اكتفاء لعدم المماثلة وكان
القياس ان لا تقتل الجماعة بالواحد ايضا الا انهم قتلوا به بالشرع بالاجماع فترك
القياس ولا اجماع من الصحابة فيما نحن فيه فنعمل بالقياس ولنا
ان كل واحد من اولياء المقتولين قابل للقاتل قصاصا فحصل التماثل في قتل الواحد
بالجماعة فصح القصاص اصله الفصل الاول وهو انه يقتل الجماعة بالواحد اتفاقا فانه
فلو لم يكن التماثل لم يقتلوا به ولان الفعل المؤثر في ازهاق روح القاتل
وهو الجرح الصالح للازهاق وجد من كل واحد منهم اعني من اولياء المقتولين وهذا
الحاصل هو ان زهاق الروح لا يقبل الوصف بالتجزي فيضاف الى كل واحد منهم كملا
لان ما لا يتجزى اذا اضيف يضاف كملا ولان القصاص شرع بالكتاب
والسنة مع وجود المنافي للقصاص لان الادمي بنيان الرب فلا يجوز تخريبه
وانما شرع لتحقيق معنى الاحياء ومعنى الاحياء يحصل في قتل الواحد بالجماعة
فيكتفى به بيانه فيما قالوا في قوله تعالى ولكم في القصاص حيوة وهو
ان القصاص في العيان ضد الحيوة ولكن هو حيوة بطريق الاعتبار في شرعه
واستيفائه اما الحيوة في شرعه فهو ان من قصد قتل غيره فاذا تفكر في نفسه انه متى
قتله قتل به انزجر عن قتله فيكون ذلك حيوة لهما واما الحيوة في استيفائه
فهو ان القاتل عمدا يصير حربا لاولياء القتيل لخوفه على نفسه منهم فالظاهر
انه يقصد قتلهم ويستعين على ذلك بامثاله من السفهاء ليزيل الخوف عن نفسه فاذا
استوفى الولي القصاص عن نفسه اندفع شره عنه وعن عشيرته فيكون حيوة لهم من هذا
عنه

الوجه لان احياء الحي في دفع سبب الهلاك عنه قال تعالى ومن احياها فكانما
احيا الناس جميعا **قوله** وان اجتمعوا ولم يعرف ه اي لم يعرف المقتول
الاول **قوله** الفضل للاول ه اراد به لمن يقتل جماعة بواحد فان قلت
ما الجواب عن ان اليد الواحدة لا تقطع بالايدي اكتفاء بل يقطع بواحدة منها وينتقل
حق الباقين الى المال قلت الطرف متبعض يسلك بها مسلك الاموال فاذا
اجتمعوا على استيفائه صار كل واحد منهم مستوفيا لجزء حقه وينتقل في الباقي الى
المال كما لو اتلف عليهم عشرة اقفزة فوجد واقفيزا واحدا فانهم يقتسمونه وينتقلون
في الباقي الى المال لانه متبعض والقصاص ليس بمتبعض فيثبت لكل واحد منهم كملا فظهر
الفرق بين قطع اليد وحز الرقبة **قوله** قال ومن وجب عليه القصاص
اذا مات سقط القصاص ه اي قال القدوري في مختصره وعند الشافعي تجب
الدية في ماله لان موجب العمد عنده القصاص او الدية فاذا فات احدهما تعين
الآخر وهذا مردود بقوله تعالى كتب عليكم القصاص وقد مر بيانه
في اول كتاب الجنايات ثم لما كان موجب العمد هو القصاص عينا عندنا
يسقط القصاص بموت القاتل لفوات المحل كالعبد الجاني اذا مات ولان
الضمان انما يجب بهلاك ما هو مضمون على الانسان كما في الغصب ونفس الانسان
ليست بمضمونة على نفسه فلا يلزمه بهلاكها ضمان فان قيل سقط القصاص
بغير رضا الولي فوجب ان يأخذ المال اصله اذا عفا احد الوليين قيل هناك
سلمت النفس للقاتل فجاز ان يلزمه الضمان عوضها وها هنا لم تسلم له فلم يجز ان
يلزمه عوض ه **قوله** قال واذا قطع رجلان يد رجل واحد فلا قصاص على
واحد منهما وعليهما نصف الدية ه اي قال القدوري في مختصره قال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره وان جنى رجلان على رجل جناية فيما دون النفس مما

يجب على الواحد منهما القصاص لو كان انفرد بها فلا قصاص عليهما قطعا يده او رجله
او قلعا سنه او كاينا ما كان من الجوارح التي يجب فيها القصاص فلا قصاص
عليهما وعليهما الارش نصفان وكذلك ما زاد على ذلك من العدد فهو بمنزلة
هذا لا قصاص عليهم وعليهم الارش على عددهم بالسواء الى هنا لفظ الكرخي رحمه
الله وعند الشافعي تقطع الايدي باليد الواحدة كما تقتل الانفس بالنفس
الواحدة قال صاحب الهداية والمفروض اذا اخذ سكينا وامراه على يده
حتى انقطعت يعني لان موضع فرض الخلاف بيننا وبين الشافعي فيما اذا اخذا
سكينا ووضعاه على المفصل من جانب واحد وامراه حتى انقطعت اليد اما
اذا وضع احدهما السكين من جانب من المفصل والآخر من جانب آخر وامر كل
واحد سكينه حتى التقيا وانقطعت اليد لا قصاص عنده ايضا وجه قوله
قول عمر رضي الله عنه في شاهدي السرقة حين رجعا وجاءا باخر وقالا اوهمنا
انما السارق هذا فقال لا اصدقكما على هذا واغرمكما دية الاول ولو علمت
انكما تعمدتما لقطعت ايديكما وجه الاستدلال ان عمر رضي الله عنه
اخبر بقطع الايدي بيد واحدة ولان الطرف تابع للنفس من كل وجه فيأخذ
حكمها فايجاب القصاص على الانفس بالنفس الواحدة يقتضي ايجاب القصاص على
الايدي باليد الواحدة ولان طريق جريان القصاص على الانفس ان يجعل كل
واحد منهم منفردا بالقتل للزجر القاتل سدا لباب العدوان فيجعل كل واحد من
القاطعين منفردا ايضا للزجر سدا لباب العدوان فيجب القصاص عليهم ه
ولنا ان القطع الحاصل من الجماعة يستدعي التجزي لان كل واحد منهم حصل
منه بعض القطع وانما قلنا انه يستدعي التجزي لان المحل وهو اليد يقبل التجزي
فاذا حصل من كل واحد منهم بعض القطع لم يجز اضافة القطع الى كل واحد منهم كملا

فلم يجز قطع الأيدي باليد الواحدة لعدم المماثلة بخلاف قتل الأنفس بالنفس الواحدة
لأن قتل النفس يضاف الى كل واحد منهم كملاً لأن ازهاق الروح لا يتجزى وما لا
يتجزى اذا أضيف الى الجماعة يضاف الى كل واحد منهم كملاً فيجعل كل واحد منهم
قاتلاً على الكمال فحصل المماثلة بين الأنفس والنفس الواحدة والاعتداء مقيد
بالمماثلة قال تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ه وقال
تعالى من عمل سيئة فلا يجزى الا مثلها وقطع اليد متجزٍ فلا تحصل المماثلة بين
الأيدي واليد الواحدة لأن لليد نصفاً وربعاً وثمناً ونحو ذلك او نقول
التفاوت من حيث الوصف يمنع من جريان القصاص حتى لا يقطع الصحيح بالأشل
فكذا التفاوت من حيث العدد بل اولى لأنه فوق التفاوت وصفاً لأن التفاوت
هنا من حيث الذات وهذا لأن التساوي شرط لجريان القصاص بالنصوص وكان
القياس في النفوس كذلك الا انه سقط اعتبار التفاوت فيها بحديث عمر
رضي الله عنه او بالاجماع والاجماع الوارد ثمه لا يجعل وارداً في الاطراف
لأن القتل بوصف الاجتماع غالب فتمس الحاجة الى اسقاط اعتبار التفاوت
لكيلا يؤدي الى فتح باب العدوان والقطع بوصف الاجتماع على وجه يوجب القصاص
لو كان القاطع واحداً بان يعتمدوا على سكين واحد في مفصل واحد نادر
جداً فلا يلحق النادر بالغالب فلا يجب القصاص في الأيدي باليد الواحدة والجواب
عن حديث عمر رضي الله عنه فنقول ذلك محمول على السياسة ولا كلام
لنا فيه وقوله الطرف تابع للنفس فنقول لا نسلم انه تابع في حق
القصاص قوله قال وعليهما نصف الدية ه اي قال القدوري في مختصره
يعني يجب على الرجلين القاطعين نصف دية اليد الواحدة وذلك لأن القصاص
لم يمكن ايجابه عليهما لعدم المماثلة فوجب المال لكن يجب في مالهما لأنه عمد وكذلك

الحكم في سائر الأطراف كالعين والسن والرجل ونحوها فاحفظ في الأعضاء بالقياس
وفي النفس بالأثر قوله وان قطع واحد يميني رجلين فحضرا فلهما ان يقطعا
يده ويأخذا منه نصف الدية يقتسمانه نصفين سواء قطعهما معاً او على التعاقب
هذا لفظ القدوري في مختصره وقال في شرح الكافي للحاكم الشهيد
وقال الشافعي ان قطع اليمينين على التعاقب يقتص للأول ويغرم الدية
للآخر وان قطعهما معاً فالقاضي يقرع بينهما ايهما خرجت قرعته يقتص له والدية
للآخر وجه قوله ان الطرف في حق ملك القصاص صار مملوكاً للأول
منهما وانه ملك مطلق ولهذا يورث فقد وجد القطع الثاني والطرف
مستحق للأول فلا يمكن ايجاب القصاص للثاني كالرهن بعد الرهن فان
المرتهن الثاني لا يستحقه وعند تعذر ايجاب القصاص يصار الى الدية واذا
وجد القطعان معاً فايجاب القصاص لكل واحد منهما غير ممكن لأن المحل
يضيق عن القصاصين وليس احدهما باولى من الآخر في تعيين القصاص له والدية
للآخر فللقاضي ان يقرع بينهما تطييباً لقلبهما لأن له هذه الولاية بدون القرعة
اذ ليس فيه ابطال حق احدهما ولكن لو فعل ذلك بدون القرعة ينسب الى
التهمة فله ان يقرع بينهما احترازاً عن تهمة الميل ولنا ان حق كل واحد
من اللذين قطعت يمناهما استوى في علة الاستحقاق مع الآخر وهي قطع طرف
معصوم ويستويان في الحكم وهو القصاص لأن الاستواء في العلة يوجب
الاستواء في الحكم كالشفيعين فلا يتقدم احدهما على الآخر كالشفيعين وهذا
لأن ثبوت حق القطع للأول لا يمنع ثبوته للثاني لأنه وجد سبب الوجوب والمحل
قابل له لأن الحق للأول ثبت في المحل اعني في يد القاطع في اطلاق فعل القصاص
لا غير ولهذا لو بادر الآخر فقطع يده كان مستوفياً حقه ولو كان ثبوت

الحق للاول ما فيا ثبوته للثاني لم يكن مستوفيا حقه فعرفنا انا نحتاج الى اظهار
الحق في المحل فيما يرجع الى الاستيفاء لا غير فقبل استيفاء الاول بقي المحل
فارغا لا يبقى حق الثاني فلما كانت العلة في حقهما سواء كان العدل
والانصاف ان يجعل القصاص بينهما والدية بينهما وهذا بخلاف الرهن
فان حق المرتهن الاول متقرر في المحل فمنع ذلك تعلق حق المرتهن الثاني به وكذا
منع تعلق حق الغرماء به وصار هذا نظير عبد قطع يميني رجلين على التعاقب حيث
تكون رقبته مستحقة لهما جميعا ولا يكون الاول اولى بها ثم
انما قيد بقطع اليمين لانه اذا قطع يمين رجل ويسار آخر تقطع يداه لهما جميعا
وكذلك لو قطعهما من رجل واحد لعدم التضايق ووجود المماثلة واراد
بقوله لهما ان يأخذا منه نصف الدية دية يد واحدة بينهما نصفين وبه صرح
الكرخي في مختصره **قوله** والقصاص ملك الفعل ثبت مع المنافي
وذلك لان من عليه القصاص حر والحرية تأبى وقوع الملك على الحر ولان
فيه اتلاف النفس وهو محرم في الاصل ولان الآدمي بنيان الله
تعالى فلا يجوز تخريبه الا انه جوز القصاص ضرورة استيفاء حق من وجب له
القصاص فاذا ثبت ضرورة لم يظهر الا في حق استيفاء من له القصاص لان
الثابت بالضرورة يتقدر بقدر الضرورة **قوله** وان حضر واحد
منهما فقطع يمينه فللآخر عليه نصف الدية وهذا لفظ القدوري في
مختصره اي خمسة آلاف درهم وهي دية اليد الواحدة قال الكرخي
في مختصره فان حضر واحد والآخر غائب فله ان يقتص لا ينتظر الغائب ويكون
للآخر دية يده وذلك لان حق كل واحد منهما ثبت في جميع اليد وانما يسقط
حقه عن بعضها بالمزاحمة فاذا غاب الآخر فلا مزاحم للحاضر ولا يجوز ان يسقط

حقه من القصاص بحق الغائب ويجوز ان يحضر فيطالب ويجوز ان يبرئ وعلى
هذا قالوا في الشفيعين اذا حضر احدهما قضي له بالجميع لانه لا مزاحم له في
الحال فلا يجوز ان يسقط حقه عن بعض الشفعة بحق الغائب ويجوز ان يحضر
فيطالب ويجوز ان يحضر فلا يطالب ويكون للآخر الغائب دية يده لان
القاضي لما قضى بها للاول لم يجز ان يسقط حق الثاني فانتقل الى العوض
قال في شرح الكافي ولو عفا احدهما عنه قبل القصاص اقتص منه للثاني
وكذلك ذكره الكرخي ايضا وذلك لان حق كل واحد منهما ثبت في جميع اليد
وانما ينتقص بالمزاحمة فاذا زالت بالعفو بقي حق الآخر بحاله كالغريمين والشفيعين
قوله قال واذا اقر العبد بقتل العمد لزمه القود اي قال
القدوري في مختصره وعند زفر لا يصح اقراره كما لا يصح اقراره بقتل
الخطأ لان اقراره يتعلق به اتلاف مال المولى فصار كما اذا اقر بدين ولنا
ان اقراره بالمال وبما يوجب المال من الجناية الخطأ انما لا يصح لكونه متهما في
ذلك لانه يتضمن اتلاف حق المولى بخلاف الاقرار بالحد والقصاص فانه
صحيح لانه غير متهم فيه لانه اقرار بالعقوبة على نفسه وفيه ضرر على نفسه فلا
يتهم وتلف حق المولى يحصل ضمنا فلا يعتبر ولانه مبقى على اصل
الحرية في حق الدم لان المولى لا يملك اتلاف ذلك وقول زفر ينتقض
بما اذا ارتد العبد لانه يقتل مع وجود المعنى الذي ذكره **قوله** ومن
رمى رجلا عمدا فنفذ منه السهم الى آخر فماتا فعليه القصاص للاول والدية
للثاني على عاقلته وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان
الاول قصده بالرمي فمات منه فوجب القصاص كما لو لم ينفذ الرمي الى غيره
واما الثاني فانه لم يقصده بالرمي حيث قصد الرامي غيره ولكنه اصابه

بالنفاد من الاول فصار قتله خطاء وهو احد نوعي الخطاء وهو خطاء في القصد فصار كما اذا قصد صيدا فاصاب ادميا فوجب الدية على عاقلته ه

فصل

لما ذكر حكم فعل الواحد ذكر بهذا الفصل حكم الفعلين لان الاثنين بعد الواحد قوله قال ومن قطع يد رجل خطاء ثم قتله عمدا قبل ان تبرا يده الى اخره ه اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقطع يد الرجل عمدا ثم يقتله خطاء قبل ان تبرا اليد او يقطع يده خطاء ثم يقتله عمدا قبل ان يبرا قال يوخذ بالامرين جميعا باليد والنفس الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير هذه المسلة وما يشاكلها على اربعة اوجه اما ان يقطع يده عمدا ثم يقتله عمدا او يقطع يده خطاء ثم يقتله خطاء او يقطع يده عمدا ثم يقتله خطاء او يقطع يده خطاء ثم يقتله عمدا ثم كل وجه على وجهين اما ان يبرا فيما بين ذلك او لا يبرا فصارت في الحاصل ثماني مسايل والحاصل هنا ان الجمع بين الجراحات واجب ما امكن لان الاصل في العقوبات التداخل ويجعل الاخر متمما للاول ويجعل الكل قتلا الا ان لا يمكن الجمع باختلاف حكم الفعلين كما اذا كان القطع خطاء والقتل عمدا او على العكس وهو المراد بقوله في المتن في الاولين اي في الفصلين الاولين او لا يمكن الجمع بتخلل البرء لان تخلل البرء ينهي الفعل الاول لانتهاء اثره فلا يمكن جعل الثاني متمما للاول انما عند عدم تخلل البرء وعند اتحاد حكمها فيمكن جعل الثاني متمما للاول لبقاء الاول ببقاء اثره وتجانس الفعلين وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا على اربعة

اربعة اما ان يكون كل واحد منهما عمدا او خطاء او القطع عمدا والقتل خطاء او القطع خطاء والقتل عمدا وذلك كله قبل البرء او بعد البرء وفي الوجوه كلها بعد البرء لا يجمع بين الموجبين بالاجماع لان الفعل الاول قد انتهى فيكون القتل بعده فعلا ابتداء فلا بد من اعتبار كل واحد منهما حتى لو كانا عمدين له ان يقطعه ثم يقتله ولو كانا خطا ين اخذ دية الطرف ودية النفس جميعا ولو كان احدهما خطاء والاخر عمدا يقتص فيما هو عمد وتوخذ الدية فيما هو خطاء وان كان لم يتخلل بينهما برء فان كان خطاء يكتفي بدية واحدة بالاجماع لانه ما فوت الا نفسا واحدا فلا يجب به الا دية واحدة وان كان احدهما خطاء والاخر عمدا اقتص فيما هو عمد واخذ بالدية فيما هو خطاء بالاجماع ولا تداخل احدهما في الاخر لاختلافهما فاما اذا كانا عمدين اختلفوا فيه قال ابو حنيفة يخير ان شاء قطع ثم قتل وان شاء اكتفى بالقتل وعندهما ليس له الا القتل هما يقولان انه ما فوت بالفعلين الا النفس فحسب كما اذا كانا خطاء فثمة يجب دية واحدة بالاتفاق فكذا لا يجب هنا الا قصاص واحد اذا كانا عمدا ولابي حنيفة انه اتى بجنايتين قتل وقطع فيجب عليه موجبان ولا شك انه قطع وقتل لوجود اثر القطع واثر القتل واثر الثاني لا يعدم اثر الاول فيبقيا فعلين حقيقة كما كانا ولا يقال بان القطع صار قتلا باعقاب القتل اياه لانه انما يصير هكذا اذا كانت السراية مضافة الى القطع وليس هكذا لان القتل قاطع للسراية كالبرء ونعني بقولنا انه قاطع انه لم يبق للفعل الاول صلاحية ان يضاف الاثر في النفس اليه عند اعتراض القتل فصار هذا والبرء سواء ثم يجب تقرير حكمه عند البرء فكذا عند القتل ولا يلزم انه تجب دية واحدة في فصل الخطاء لان الدية تجب مقابلا بالمحل والمحل من حيث انه

نفس واحدة فلا يجب به الا ضمان واحد اما القصاص فانه يجب مقابلا بالفعل
والفعل متعدد صورة ومعنى فيتعدد جزاؤه ولئن سلمنا ان القطع عند اعقاب
القتل اياه قتل ولكنه قد قتله بهذا الطريق والتسوية واجبة ما امكن
في باب الاعتداء وذلك فيما قلناه وهذا كله اذا كان القاتل والقاطع
واحدا ه اما اذا كان القاطع والقاتل رجلين يقتل القاتل ويقطع القاطع
بلا خلاف لانه انما يدخل القطع في القتل عند اتحاد المحل لا عند اختلاف
المحل **قوله** يجمع بالاجماع ه والمراد من الجمع ان تحصل الجنايتان جناية
واحدة **قوله** بخلاف ما اذا قطع وسرى حيث يكتفى بالقتل ولا يقطع ه
قوله فيجتمع ضمان الكل وضمان الجزء في حالة واحدة وهي حالة حز
الرقبة لان دية اليد لو وجبت وجبت عند الحز لانه وقت استحكام اثر الفعل
ولا سبيل اليه لان بالحز يجب ضمان الكل فلو وجبت دية اليد هذا لكان
الوجوب في حق دية اليد مكررا وذلك غير مشروع وهو معنى قوله ولا
يجتمعان ه اي لا يجتمع ضمان الكل وضمان الجزء بخلاف القطع والقتل قصاصا صح
فانهما يجتمعان لان مبنى العمد على التغليظ والتشديد ولهذا تقتل الجماعة بالواحد
وليس كذلك الخطاء فان مبناه على التخفيف ولهذا لا تتعدد الدية بتعدد
القاتلين **قوله** قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فبرأ من تسعين ومات
من عشرة ففيه دية واحدة ه اي قال في الجامع الصغير معنى هذا انه
ضربه في موضع تسعين وفي موضع آخر عشرة فبرأ موضع التسعين ولم يبرأ موضع
العشرة وذلك لان موضع التسعين لما برأ ولم يبق لها اثر جعل كانها لم توجد التعزير
في حق الضمان وان اعتبرت في حق التعزير وصار كانه لم يضربه الا عشرة فمات
منها فلا يجب الا دية واحدة وهذا قول ابي حنيفة وهو ظاهر وكذلك

الجواب في كل جراحة اندملت ولم يبق لها اثر وعن ابي يوسف انه اوجب في
مثله حكومة عدل وعن محمد انه اوجب فيه اجرة الطبيب وثمن
الادوية قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وهذا اذا برأ
من تسعين ولم يبق لها اثر واما اذا بقي لها اثر ينبغي ان يجب عليه حكومة عدل
لانه لما برأ من ذلك صارت جنايتين مختلفتين فيجب عليه حكومة في ذلك
النقصان ثم اذا قتله بعد ذلك تجب عليه الدية **قوله** وان ضرب
رجلا مائة سوط وجرحته وبقي لها اثر تجب حكومة العدل وهذه مسئلة
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل
يضرب الرجل مائة سوط فيجرحه ويبرأ منها قال على الضارب ارش الضرب
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال الصدر الشهيد وغيره وهذا
اذا بقي اثر الضرب فان لم يبق شيء عند ابي حنيفة كما في المسئلة المتقدمة وهذا لا يجب
اذا جرح ثم برأ فاما اذا لم يجرح في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق واورد
الفقيه ابو الليث سؤالا وجوابا فقال فان قيل كيف نعرف ارش
الضرب قيل له ينظر ان لو كان هو عبدا كم ينقص من قيمته فيجب عليه
من الدية ذلك المقدار **قوله** ومن قطع يد رجل فعفا المقطوع يده عن
القطع ثم مات من ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وان عفا عن القطع وما يحدث
منه او عن الجناية ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم ان كان خطاء
فهو من الثلث وان كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند ابي حنيفة وقالا
اذا عفا عن القطع فهو عفو عن النفس ايضا وهذه من مسائل الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قطع يد رجل عمدا
فقال المقطوع يده قد عفوت عن القطع ثم مات من القطع قال عليه الدية في ماله

وان قال عفوت عن القطع وما يحدث منه فهذا عفو ولا شيء على القاتل
وان قال قد عفوت عن الجناية فكذلك ايضا وقال ابو يوسف ومحمد مثل
ذلك الا في خصلة اذا قال عفوت عن القطع فهو عفو عن النفس وكل شيء يحدث
منه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قال فخر الاسلام في شرح الجامع
الصغير وكذلك الاختلاف في الضرب والشجة والجراحة واليد وما اشبه
ذلك وكذلك الاختلاف في الخلع والتزوج وجه قولهما ان العفو
عن القطع او الشجة عفو عن موجب ذلك وموجب ذلك عند الاقتصار ضمان
الطرف وعند السراية ضمان النفس فيتناول العفو عن القطع والشجة اي
الموجبين وجد كما اذا عفا عن الجناية وجه قول ابي حنيفة ان العفو
عن القطع عفو عن موجبه كما قالا وموجبه ما شرع في ضمان الطرف وعند
اتصال السراية تبين ان موجب القطع لم يكن ذلك وانما موجبه القتل فكان
العفو عن القطع عفوا عن غير حقه فيبطل العفو لان القطع ابانة الطرف
والقتل ازهاق الروح وبينهما مغايرة لان احدهما قد يوجد ولا يوجد
الآخر وكان القياس ان يجب القصاص لان العفو كانه لم يوجد ولكن في
الاستحسان تجب الدية لان العفو وان صادف القطع دون القتل الا
ان الفعل متحد صورة فتمكن شبهة العفوية ولا يستوفى القصاص مع الشبهة
وهذا بخلاف ما اذا عفا عن الجناية او عن القطع وما يحدث منه حيث
يكون ذلك عفوا عن القتل ايضا لان اسم الجناية يتناول القطع والقتل
جميعا وقوله وما يحدث منه تصريح بالعفو عن السراية فكان [illegible]
عن القتل وانما تجب الدية في ماله لانه عمد والعاقلة لا تعقل عمدا [illegible] الفقيه
ابو الليث قالوا والقطع خطأ كالعمد في الوجوه المذكورة [illegible]

يعتبر العفو من جميع المال لان موجب العمد القود وذلك ليس بمال فلم يتعلق
به حق الورثة وانما يحجر من اشرف على الموت عن التصرف في جميع ما لم يتعلق
الورثة وما ليس بمال فالصحيح والمريض والقاتل وغير القاتل فيه سواء ولهذا
لو اعار انسانا لا يعتبر ذلك من ثلث ماله وان كان خطأ يعتبر من ثلث ماله
لانه تبرع بالدية في مرض موته وتبرع المريض ينفذ في الثلث ويكون هذا وصية
للعاقلة قال الصدر الشهيد وغيره وهذا لا يشكل عند من لم يجعل
القاتل واحدا من العاقلة اما من جعله واحدا منهم فلا تصح الوصية بقدر حصته
من الدية لانها وصية للقاتل فلا تصح قالوا والصحيح انها تصح في حق الكل
وان حصلت للقاتل بقدر حصته لانها لو لم تصح في الابتداء صحت في الانتهاء لانها
لو بطلت في الابتداء كان كلها وصية للعاقلة لان من اوصى لمن تصح له الوصية
ولمن لا تصح له الوصية صار كلها لمن تصح له الوصية كمن اوصى لحي وميت كانت
الوصية للحي تصحيحا للوصية فها هنا اذا لم تصح للقاتل تعود الى العاقلة فتسقط
عن العاقلة في الابتداء قصرا للمسافة قوله عن نوعيه اي عن نوعي
القطع وهما الساري والمقتصر قوله في هذه الوجوه وهي اربعة العفو
عن القطع او عن الشجة والعفو عن القطع والشجة وما يحدث من ذلك والعفو
عن الجناية وفاقا اي اتفاقا يعني اتفقوا على ان العفو عن القطع والشجة
وما يحدث من ذلك في صورة العمد عفو عن القتل وفي صورة الخطأ عن الدية
وكذا العفو عن الجناية في صورة العمد يكون عفوا عن القتل وفي صورة
الخطأ يكون عفوا عن الدية وخلافا اي اختلافا يعني اذا عفا عن القطع
او عن الشجة فقط يكون ذلك عفوا عن القتل ايضا في صورة العمد عندهما وعن
الدية في صورة الخطأ وعند ابي حنيفة يكون ذلك عفوا عن ارش اليد وعن

ارش الشجة فتجب الدية في العمد والخطاء جميعا لكن في العمد في ماله وفي
الخطاء على العاقلة قوله اذن بذلك اطلاقه ه اي اعلم من الاذن
وهو الاعلام اطلاقه ه اي اطلاق لفظ الجامع الصغير لانه لم يقيده بالعمد
والخطاء في قوله ومن قطع يد رجل وهذا تقرير ما اقتضاه كلام صاحب الهداية
وذلك ممنوع عندنا لان محمدا قيده بالعمد في اصل الجامع الصغير كما
ذكرنا روايته وكذلك قيد الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام والصدر الشهيد
وغيرهم في شروح الجامع الصغير بالعمد فلا يصح حينئذ دعوى الاطلاق ه
قوله قال واذا قطعت المراة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها
مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية ان كان خطاء وان كان عمدا ففي مالها ه
اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في المراة تقطع يد الرجل عمدا فيتزوجها على اليد ثم يموت منها قال كان لها
مهر مثلها فان كان القطع خطاء فعلى عاقلتها الدية وان كان عمدا فالدية
في مالها وان كان تزوجها على اليد وما يحدث منها او كان تزوجها
على الجناية ثم مات منها فان كان عمدا فلها مهر مثلها وهذا عفو عن المراة
وليس على المراة شيء وان كان خطاء رفع على العاقلة مهر مثلها وكان لهم
ما ترك وصية لهم ثم ما بقي من الدية ويردون الفضل وقال ابو يوسف
ومحمد وكذلك الوجه الاول اذا تزوجها على اليد او على القطع ولم يذكر
وما يحدث منها فهو بمنزلة هذا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير واصل
هذا ما مر من المسئلة المتقدمة ان العفو عن القطع او عن الشجة او عن اليد اذا سرى
الى النفس ليس بعفو عن النفس عند ابي حنيفة وعندهما يصح ذلك عفوا عن
النفس ثم ينظر ان تزوجها على القطع او على الشجة او على الضربة او على الجراحة او على

اليد فان برا من ذلك جاز النكاح وصار ارش اليد مهرا سوا كان عمدا او خطاء لانه
لا قصاص بين الرجل والمراة فيما دون النفس فلم يكن موجب القطع الا المال
وصار بمنزلة رجل تزوج على دين له عليها فيجوز النكاح على ذلك المال فكذلك هذا
واما اذا مات من ذلك فانه على وجهين فان كان عمدا ففي القياس يجب
القصاص ولها مهر مثلها لانه لما مات ظهر ان الواجب هو القصاص وانه لا
يصلح مهرا لانه ليس بمال وفي الاستحسان لا يجب القصاص وتجب الدية في مالها
ولها عليه مهر مثلها لانه لما مات ظهر ان الواجب هو اما سقوط القصاص فلان
الفعل واحد صورة فتمكنت شبهة الصلح صورة وتجب الدية في مالها لانها عمد فلا
تعقله العاقلة ولانها وجبت بالصلح ولها مهر مثلها لانه سمى ما لا يصلح مهرا لها
كتسمية الخمر والخنزير فصار كانه لم يسم شيئا فيرفع عنها من الدية قدر مهر مثلها
وتغرم الباقي وان تزوجها على القطع وما يحدث منه او على الجناية والقطع عمد
فمات من ذلك فلها مهر مثلها ولا شيء عليها ولا على عاقلتها اما وجوب مهر المثل
فلما قلنا انه سمى ما لا يصلح مهرا وهو القصاص واما سقوط القصاص بغير بدل
لانها لما جعلته مهرا فقد رضي بسقوطه بغير بدل وان كان القطع خطاء وهو
الوجه الثاني فان تزوجها على القطع او على الجراحة فمات منه كان لها مهر مثلها
لانه سمى القطع مهرا ولما مات ظهر انه لم يكن للقطع موجب فصار كانه لم يسم لها شيئا
وتجب الدية على عاقلتها لانه كان خطاء ويرفع عن العاقلة قدر مهر مثلها لان العاقلة
يتحملون عنها ولا يتحملون لها وما زاد ان كان يخرج من ثلث ماله فانه يرفع عن العاقلة
لانه وصية لهم وهم اجانب فتصح وان كان لا يخرج فلهم مما زاد على مهر المثل قدر الثلث
ويرفع عنهم ويردون الفضل على الورثة وان تزوجها على القطع وما يحدث منه
او على الجناية فمات منه كان لها مهر مثلها لما مات ظهر ان الواجب دية النفس والدية

تصلح مهرا الا انه مريض والمريض اذا تزوج امراة بمال كان لها مقدار مهر مثلها وما
زاد على مهر مثلها يكون وصية لها والوصية للقاتل لا تصح فيجعل وصية للعاقلة
لانهم اجانب فكان لها مهر مثلها من الدية فان كان مهر مثلها قدر الدية فالعاقلة
لا يغرمون لها شيئا لان العاقلة يتحملون عن المراة بسبب جنايتها ولا يتحملون لها
وان كان مهر مثلها اقل من الدية فذلك القدر يسقط عن العاقلة والباقي وصية
لهم وهم اجانب فتصح ان كان يخرج ذلك الفضل من ثلث ماله وان كان لا
يخرج تلك الزيادة من ثلث ماله فلهم مما زاد قدر الثلث يرفع ذلك عنهم ويردون
الباقي على ورثة الميت وهذا كله قول ابي حنيفة فاما عندهما فالجواب
فيه في العمد والخطاء كالجواب فيما اذا تزوجها على القطع وما يحدث منه او على
الجناية لما ذكر في المسئلة المتقدمة كذا في شروح الجامع الصغير قوله فتزوجها
على يده اي على موجب قطع يده يعني جعل مهرها ما كان موجب قطع يده قوله
لا شيئا على تقدير السقوط اي سقوط القصاص يعني ما ليس بمال لا يصلح مهرا وهو
القصاص فعلى تقدير سقوطه اولى ان لا يصلح مهرا فيجب مهر المثل كما لو لم يسم شيئا
وانما سقط القصاص لانه لما جعله مهرا فقد رضي بسقوط حقه فيه قوله
على ما نبين اشارة الى قوله وقد رضي بسقوط حقه قوله واذا سرى
اي سرى قطع الى النفس قوله واذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية
تقع المقاصة اي تقع المقاصة بين مهر المثل والدية اذا استوى قدرهما فان كان في
الدية فضل ترد المراة على ورثة الميت وان كان في مهر المثل فضل يرده ورثة الميت
على المراة قوله ولا يتقاصان اي لا يتقاص ما على الزوج من مهر المثل وما على
المراة من الدية لاختلاف الذمم لان الدية هنا تجب على العاقلة لكون القتل خطاء ومهر
المثل يجب لها فلا يتقاصان وانما تكون المقاصة اذا اتحدت الذمة في الوجوب لها وعليها

كما اذا قطعت عمدا وسرى الى النفس لان الدية تجب عليها لا على العاقلة لانه عمد
والمهر لها ايضا فاتحدت الذمة فوقعت المقاصة قوله ولا شيء عليهما اي لا
يجب عليهما شيء اصلا لا القصاص ولا الدية وهذا فايدة التعميم بقوله ولا شيء
وكذلك لا يجب على العاقلة شيء من الدية لان العاقلة لا تتحمل عمدا قوله
يرفع عن العاقلة مهر مثلها اي قدر مهر مثلها قوله ولهم ثلث ما ترك
الميت وصية اي للعاقلة ثلث ما ترك الميت من الدية وصية لهم لان التزوج
على اليد وما يحدث منها تزوج على الدية والدية تصلح مهرا ثم ان كانت الدية
بقدر مهر المثل بطلت الوصية للعاقلة وسقطت عنهم لان الوصية للاجانب صحيحة
وان كانت لا تصح للمراة لانها قاتلة فان فضلت الدية عن مهر المثل يسقط الزيادة عنهم
ان كانت تخرج من ثلث المال وان لم تخرج الزيادة من ثلث المال يسقط ثلث الزيادة
عنهم لانه وصية في حقهم وما فضل على ثلث الزيادة تؤديه العاقلة الى ورثة الميت
قوله لانه مريض مرض الموت دليل قوله ولهم ثلث ما ترك الميت قوله
فمن المحال ان ترجع عليهم اي ان ترجع المراة على العاقلة قوله واتفق
جوابهما في الفصلين اي فيما اذا تزوجها على اليد ولم يذكر شيئا آخر وفيما اذا تزوجها
على اليد وما يحدث منها لان العفو عن اليد عفو عن السراية عند ابي يوسف ومحمد
خلافا لابي حنيفة وقد عرف قبل هذا قوله قال ومن قطعت يده فاقتص
له من اليد ثم مات فانه يقتل المقتص منه اي قال في الجامع الصغير وصورتها
في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قطع يد رجل
عمدا فاقتص القاضي له ثم مات المقتص له فعلى المقتص منه القصاص ولورثة المقتص له
ان يقتلوه وهذه من الخواص وذلك لان السبيل في الجنايات على الاطراف
الاستيفاء حولا حتى يتبين حق المجني عليه فلما مات من ذلك ظهر ان حقه في النفس

لا في الطرف وقد كان استوفى الطرف على انه حقه لا يبطل ما استيفاء الطرف حقه في
النفس ولا يجب للبداية لانه لا قيمة لنفس القاطع بحق القصاص فكذا لطرفه الا ترى
ان رجلا لو وجب له على رجل قصاص في النفس فقطع يده ثم قتله لا شيء عليه في قطع
اليد ولكنه اساء فكذلك هذا ولا يصير قطع يد القاطع شبهة في سقوط
القصاص عنه قال في شروح الجامع الصغير وعن ابي يوسف انه لا يقتل
لان الاقدام على القطع كان ابراء عما وراءه والجواب عنه انما يصير ابراء
عما وراءه ان لو كان الموجب معلوما وعند القطع في زعمه ان الموجب هو قطع
اليد فاستوفى اليد لهذا لا انه ابراء فاذا مات تبين ان الموجب هو القتل فيقتل
قوله قال ومن قتل وليه عمدا فقطع يد قاتله ثم عفا وقد قضي له بالقصاص
او لم يقض فعلى قاطع اليد دية اليد عند ابي حنيفة وقالا لا شيء عليه اي قال في
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقتل
وليه عمدا فيقطع يد قاتله ثم يعفو عنه وقد قضى القاضي بالقصاص او لم يقض قال
فعلى قاطع اليد دية اليد في ماله وقال ابو يوسف ومحمد ان قطع الولي يد القاتل ثم
عفا عنه فدية يده باطل الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقول الشافعي
كقولهما كذا في الاشارات وجه قولهما ان الولي قطع اليد من نفس لو
اتلفها لم يضمن فوجب ان لا يضمن كما لو قطع يد من ارتد ثم اسلم ثم سرى وهذا
لان اليد كانت حقا للولي تبعا للنفس فبطل بالعفو حقه عما بقي لا عما استوفى
يدل على الاحكام منها انه لو قطع ثم حز رقبته قبل البرء لا يضمن ومنها
انه لو قطع ثم حز رقبته بعد البرء لا يضمن ومنها انه لو قطع ثم حز رقبته بعد البرء
لا يضمن ومنها انه لو قطع وعفا وسرى لا يضمن ومنها انه لو قطع وما
عفا وما سرى وما برأ لا يضمن قال الطرف مع النفس بمنزلة الاصابع مع

الكف في التبعية ثم لو قطع اصبعه وعفا عن الكف لا يضمن ضمان الاصبع فكذلك
في الطرف مع النفس وهذا لان حقه ثابت في النفس وكل حق ثابت في حق
النفس يظهر في حق الاطراف تبعا لانها من جملة النفس فيكون من جملة ما جعل
حقا له شرعا ولابي حنيفة انه استوفى طرفا بغير حق فيضمنه لان حقه في
القتل لا في القطع والقطع ابانة والقتل ازهاق وبينهما مغايرة وكان القياس
ان تجب القصاص في اليد الا انه سقط للشبهة لان له ان يتلف يد من عليه القصاص
تبعا للنفس فكان ذلك شبهة ولانه لما عفا عنه فقد ابطل حقه في القصاص
فاستند العفو الى وقت القطع فتبين انه قطع يده بغير حق فتجب دية اليد لان
القصاص سقط للشبهة تحقيقه ان حق الولي في ازهاق الروح لا في اتلاف
الاجزاء لكن اتلاف الاجزاء يحصل ضرورة فوات المحل قصاصا وملك القصاص
ضروري ثبت ضرورة جبر حق المقتول لان ذا المحل يأبى استحقاق النفوس
وهو الحرية او حرمة تجرب بنية الله تعالى وما ثبت ضرورة يتقدر بقدر
الضرورة لا غير فلا يظهر حق الولي في المحل الا عند استيفاء القصاص فيجعل حقه
عدما قبل الاستيفاء في حق المحل فيكون قطع اليد تصرفا في غير حقه فيجب الضمان
والجواب عن المسائل فنقول اذا قطع ثم حز رقبته قبل البرء فانما لا يضمن
لان الطرف صار متحتما في حق القتل بهذا الفعل وقع قتلا اذ هو من جملة
القتل لان من قتل انسانا لا يمكنه ان يقتله بجراحة واحدة ظاهرا وغالبا فاذا
جرحه جراحات ومات كان الكل قتلا فكان متحتما واما اذا حز رقبته بعد
البرء قال الامام علاء الدين العالم في طريقة الخلاف فالصحيح انه على هذا
الخلاف فيمنعه واما اذا قطع وعفا وسرى فهذا القطع وقع قتلا وكان الطرف
متحتما في حقه واما اذا قطع وما عفا وما سرى وما برأ لم يتبين انه بغير حق

لأن ذلك انما يتبين بالبرء وقال الامام علاء الدين العالم في طريقه لو
قطع وما عفا وبرأ اختلف المشايخ فيه والصحيح انه على الخلاف والجواب
عن مسئلة الاصابع فنمنعه صاحب الاسرار وقال لا نسلم انه لا يلزمه ضمان الاصبع
بل يلزمه اذا عفا عن الكف ومن اصحابنا من سلم ذلك وتشرع بالفرق
فقال انه استحق الكف والاصابع اصلا لأن الاتلاف ورد على الكل مقصودا لأن
الكف وان كان اصلا في القيام تابع في الغرض والاصابع وان كانت تبعا
في القيام اصل في الغرض وهو البطش فلما كان كل واحد منهما اصلا من وجه كان
كل واحد منهما مستحقا اصلا من وجه تبعا من وجه ثم الكف مستحق اصلا فكذا
الاصابع بخلاف الطرف مع النفس فانه تابع للنفس من كل وجه فلم يكن
مستحقا اصلا وكان قطع اليد قطعا بغير حق فوجب الضمان قوله قال
ومن له القصاص في الطرف اذا استوفاه ثم سرى الى النفس ومات يضمن دية النفس
عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا وليست
مذكورة في البداية فعلى هذا لم يقع لفظ قال في اول المسئلة مناسبا قال الحاكم
الشهيد في الكافي واذا اقتص الرجل من الرجل في عضو او شجة فمات المقتص منه
من ذلك فديته على عاقلة المقتص في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد لا شيء عليه
الى هنا لفظ الكافي ووجوب الدية عند ابي حنيفة استحسان والقياس
ان يجب عليه القصاص كذا في المختلف وجه قولهما ان هذا قطع بحق فلا يكون
سرايته مضمونة عليه كما اذا قطع الامام يد السارق في سرقة او يقال هو قطع
ماذون شرعا فلا يكون مضمونا عليه اذا سرى كقطع الامام يد السارق وكما
اذا احتجم او فصد او بزغ باذن المحجوم والمفصود والفقه واضح لأنه اذا كان
القطع ماذونا او كان بحق لا يوصف بالتعدي بداية ولا يوصف بالتعدي سراية

لأن السراية لا تخالف البداية وجه قول ابي حنيفة انه قتل نفسا معصومة
بغير حق فيجب الضمان لأن قتل النفس المعصومة موجب للدية او القصاص بالنصوص
ولا شك في العصمة واما الكلام في وقوع الفعل قتلا ودلالته ظاهرة ايضا لأن
القتل ازهاق الروح بسبب فعل لا تحتمله النفس وقد حصل هنا ذلك فيكون قتلا
لأنه اذا قطعه قطعا مولما الما شديدا لا تحتمله النفس يفضي الى تلف النفس لا محالة
ولهذا لو كان قطع اليد ظلما من غير قصاص وسرى الى النفس جعل ذلك قتلا
موجبا للقصاص او الدية في حق النفس وكونه قتلا امر حقيقي لا يختلف ذلك بوقوعه
حقا او غير حق فاذا ثبت ان هذا القطع جعل قتلا بعد السراية وجب ضمان
القتل لأنه حصل بغير حق لأن حقه في مجرد القطع لا في القتل وفي المسائل
المذكورة انما لم يجب الضمان بعد السراية لأنه مأمور بالفعل اما بالتقلد كما في الامام
لأنه تقلد الامامة واما بالعقد كما في الفصاد والبزاغ فاذا كان مأمورا كان
الاتيان بالفعل واجبا والواجبات لا تتقيد بشرط السلامة كالرمي الى الحربي وفي
سراية القود لا التزام ولا وجوب فكان ذلك قطعا مباحا حقا له فكان
مقيدا بشرط السلامة كما في سائر المباحات كالاصطياد والمشي في الطريق بل
هذا فوق ذلك لأنه مندوب الترك لقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى
فكان مقيدا بشرط سلامة العاقبة فاذا ظهر في عاقبته انه قتل اخذ به ولكن
الدية فيه تجب على العاقلة لأنه في معنى الخطاء لأنه اراد بهذا القطع استيفاء حقه
من القطع ولم يرد به اتلاف النفس كذا في شرح الكافي والباقي يعلم في نسخ طريقة
الخلاف ٥ والله اعلم ٥

باب الشهادة في القتل

ذكر الشهادة بالقتل بعدما ذكر حكم القتل نفسه لأن الشهادة بالقتل متعلقة

للقصاص

به والمقصود منها اثبات القتل فكانت غير مقصودة في الباب فكان ذكر حكمها
بعد ذكر حكمه مناسبا **قوله** قال ومن قتل وله ابنان حاضر وغايب
فاقام الحاضر البينة على القتل ثم قدم الغايب فانه يعيد البينة عند ابي حنيفة
وقالا لا يعيد وان كان خطاء لم يعدها بالاجماع ه اي قال في الجامع الصغير
وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل يقتل عمدا وله ابنان
كبيران احدهما غايب والاخر حاضر فاقام الحاضر البينة على قاتل ابيه ثم قدم
الغايب قال آمره ان يعيد البينة عليه وان كان خطاء لم امره ان يعيد
البينة قال وكذلك الدين يكون على الناس لابيهم لا اكلفه ان يعيد البينة
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال في المختلف الابن اذا ادعى دم ابيه
على رجل واخوه غايب واقام البينة ان اباه قتل عمدا ه قبلت البينة وحبس القاتل
فاذا حضرا كلفا جميعا اعادة البينة وقالا لا يكلفان ذلك وجه قولهما
ان القصاص حق الميت لانه عوض عن نفسه ونفسه مملوكة له فكان البدل له
ثم ينتقل عنه الى ورثته ولهذا كانت الدية للمقتول وكذا القصاص اذا انقلب
مالا يكون المال للميت حتى تقضى منه ديونه وتنفذ وصاياه ولهذا كان
للمراة حق في القصاص والمراة لا تملك شيا من حق الزوج الا بطريق الوراثة واذا
ثبت ان القصاص يثبت للوارث بطريق الوراثة على معنى انه يثبت للميت اولا ثم
ينتقل عنه الى الوارث كان بمنزلة الدين وثمة احد الورثة ينتصب خصما عن الميت
في اثباته ولهذا يحبس القاتل بهذه البينة لان الوارث خصم في اثباته ولهذا
اذا ادعى الدية لم يكلف اعادة البينة بالاتفاق اذا حضر الغايب نكذا اذا ادعى القصاص
ولابي حنيفة ان القصاص حق الميت وحق الورثة ابتداء من وجه وذلك
لانه شرع للتشفي ودرك الثار وهذا حق للورثة ابتداء من هذا الوجه لان الميت

لا ينتفع به ومن حيث انه بدل النفس حق الميت ولهذا اذا انقلب مالا يقضى منه
ديونه وتنفذ وصاياه واذا كان القصاص حقا للورثة من وجه لم يجز ان ينتصب
احد الورثة خصما عن الاخر الوارث لانه اثبت حق نفسه لا حق غيره فلا بد من
اعادة البينة للغايب لان احد الورثة ينتصب خصما عن الميت لا عن ولي آخر فلما ثبت
ان القصاص حق الميت من وجه وحق الورثة من وجه ثبت القتل من وجه ايضا والثبوت
من وجه اورث الشبهة والشبهة تحبس بخلاف الدية فان حق الميت من كل وجه لانه
ينتفع به فجاز ان ينتصب احد الورثة خصما عن الميت فلم يحتج الى اعادة البينة
قال فخر الاسلام ولا يلزم ان القصاص متى صار مالا صار موروثا
لانه انما لا يورث لعدم الفايدة وقد صار ذلك مفيدا وهو كالموصى له بالثلث لا
حق له في القصاص واذا صار مالا وجب له ثلثه لما قلنا **قوله** ولهذا
يسقط بعفوه بعد الجرح ه اي ولاجل ان الملك في القصاص للميت يسقط القصاص بعفو
الميت قبل موته بعد الجرح قال القدوري في شرح مختصر الكرخي قال
اصحابنا اذا عفا المجروح ثم مات فالقياس ان لا يصح عفوه لان القصاص يثبت
للورثة ابتداء لولا ذلك لم يثبت لهم بعد الموت فكانه ابرا من حق غيره وانما
استحسنوا وجوزوا عفوه لان الحق له وانما يقوم الوارث في استيفايه مقامه
واذا اسقط جاز ويكون من جميع المال لانه حق ليس بمال كالطلاق وقالوا
في الوارث اذا عفا عن الجارح قبل موت المجروح فالقياس ان لا يصح عفوه لانه عفا
عن حق غيره الا ترى ان المريض لو عفا في هذه الحال جاز وانما يثبت للوارث
الحق بعد موته فاذا عفا قبل موته لم يجز كالوارث اذا ابرا من دين الميت قبل موته وانما
استحسنوا فقالوا يجوز لان الحق يثبت للورثة عقيب الجرح لولا ذلك لم يثبت لهم عند
الموت فاذا ابرا بعد ثبوت سبب الجرح جاز كالابراء عن الدين المؤجل كذا ذكر

القدوري في شرحه قبيل باب جناية العبد **قوله** وله ان القصاص طريقه
الخلافة دون الوراثة **قيل** في الفرق بينهما هو ان طريق الوراثة ان يثبت
الملك للمورث ابتداء ثم للوارث وطريق الخلافة ان يثبت الملك لمن يخلف ابتداء كالعبد
اذا اتهب فانه يثبت الملك للمولى ابتداء بطريق الخلافة لان العبد ليس باهل للملك
قوله فان كان القاتل اقام البينة ان الغايب قد عفا فالشاهد خصم ويسقط
القصاص ه ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قتل
رجلا عمدا وله وليان غاب احد الوليين فاقام القاتل البينة ان الغايب قد
عفا فالشاهد خصما في ذلك وكذلك عبد بين رجلين ه اي يكون الحاضر خصما وذلك قال يكون
لانه يدعي على الحاضر سقوط حقه في القصاص وان حقه صار مالا بعفو الغايب
فانتصب الحاضر خصما عن نفسه وعن الغايب لانه لا يصح القضاء بسقوط حق الحاضر
الا بعد ثبوت العفو من الغايب فصار الغايب مقضيا عليه بنفاذ القضاء عليه
تبعا ولو حضر الغايب لم يعد الشهود عليه لان القضاء نفذ عليه **قال** محمد
وكذلك عبد بين رجلين يعني قتل العبد عمدا واحد المولين غايب فادعى القاتل
عفو الغايب واقام بينة على ذلك تقبل بينته لما قلنا **قال** في شرح الكافي
ولو ادعى عفو الغايب ولم يكن له بينة واراد استحلافه فانه يوخر حتى يقدم
الغايب فيحلف فاذا حلف اقتص منه ولا يحلف الحاضر لانه يدعي العفو على الغايب
وهو ليس بخصم في حق نفس العفو **فان** قيل ان لم يكن خصما في
حق نفس العفو فهو خصم في حق حكمه ولهذا قبلت البينة عليه **قلنا**
نعم ولكن انما قبلنا البينة عليه على تقدير انه جعل كالنايب عن الغايب لانه ينوب
عنه باعتبار ما يتصل بحق نفسه وانما يستقيم تقدير النيابة فيما تجري فيه النيابة
والبينات مما تجري فيه النيابة اما الاستحلاف فلا تجري فيه النيابة وهذا

لانه لا فائدة في التحليف بطريق النيابة لانه يمتنع ويقول لا علم له بحال الغايب
واذا ابان بعذر لا يلزمه القاضي شيئا **قال** الحاكم الشهيد فان ادعى بينة
حاضرة على العفو اجلته ثلاثة ايام فان مضت الثلاث ولم يات بهم دفعته الى
اوليايه **قال** في شرح الكافي وهذا ليس بحكم مختص بدعوى العفو بل
كل خصم اذا ادعى دفعا ببينة حاضرة في كل حق يوجل هكذا الى المجلس الثاني لانه
يحتمل ان الامر كما يقول فاذا ظهر خلافه نفذ الحكم الذي توجه عليه **وقال**
الحاكم ولو ادعى بينة غايبة فالقياس ان يقضى عليه وينفذ القضاء كما يقضى بعينه
في المال لان القضاء متوجه عليه بحجة فلا يجوز تاخيره لامر موهوم **الا** انا
نستحسن فلا نعجل فيه بل نتثبت ونتانى استعظاما لامر الدم بخلاف الاموال
لان ذلك امر يستدرك لو وقع فيه الخطاء **بخلاف** القصاص فانه لا
يستدرك فوجب القول بالتاخير الى ان يظهر للقاضي كذبه فحينئذ يسلمه الى
اولياء القتيل كذا في شرح الكافي **قوله** قال فان كان الاولياء
ثلثة فشهد اثنان منهم على الاخر انه قد عفا فشهادتهما باطلة وهو عفو منهما ه اي
قال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قتل عمدا وله ثلثة
اولياء فشهد اثنان منهم على صاحبهما انه قد عفا قال شهادتهما باطلة وهو عفو فيهما
منهما فان انكر القاتل ما قالا فلا شيء لهما وللولي الاخر ثلث الدية وان صدق
القاتل فعليه جميع الدية للاولياء الثلاثة اثلاثا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وهذه المسئلة على وجوه اربعة اما ان يصدقهما المشهود عليه والقاتل
جميعا واما ان يكذباهما جميعا واما ان يصدقهما القاتل وحده واما ان يصدق فيهما
المشهود عليه ه **فاما** ان صدقاهما جميعا فلا يشكل انه يصير بمنزلة العفو
المعروف فيصير نصيبهما مالا ويبطل نصيب العافي وان كذباهما فلا شيء للشاهدين

ويبطل نصيبهما وصار نصيب المشهود عليه مالا لان الشاهدين اقرا ببطلان القصاص
ثم ادعيا مالا فقولهما على ابطال القصاص جايز وعلى دعوى المال لا يجوز وصار
كانهما عفوا لان بطلان القصاص ظهر من قبلهما وان صدقهما القاتل وكذبهما
المشهود عليه صار كله مالا ويغرم القاتل الدية اثلاثا لانه لما صدقهما فقد اقر
لهما بثلثي الدية فلزم وادعى بطلان حق المشهود عليه فلم يصدق فتحول مالا ه
وان صدقهما المشهود عليه وكذب القاتل لم يصدقوا على القاتل ولا يلزم
القاتل الا ثلث الدية وهو نصيب المشهود عليه لكنه تحول اليهما لان من زعم
المشهود عليه انه قد عفا ولا شي على القاتل وانما عليه ثلثا الدية دين لهما والذي
في يده وهو ثلث الدية مال القاتل وهو من جنس حقهما فيصرف اليهما وكان
القياس ان لا يجب شي اصلا لانهما ادعيا مالا والقاتل ينكر حقهما وانما القاتل
اقر بالثلث للمشهود عليه لانه يقول لم يعف المشهود عليه والمشهود عليه ينكر ما
اقر به القاتل له لكنه استحسن واوجب ثلث الدية وصرفه اليهما لان القاتل
اقر به على ما قلنا فلما قال المشهود عليه عفوت فكانه اقر ان نصيب الشاهدين
صار مالا فقد حصل الذي اقر به القاتل للشاهدين فيجوز اقراره بذلك وهذا
بمنزلة رجل اقر لرجل بالف درهم فقال المقر له هذه الالف ليست لي ولكنها لفلان
جاز ذلك وصار الالف لفلان فكذلك ههنا كذا في شروح الجامع الصغير
قوله لانهما يجران بشهادتهما الى انفسهما مغنما ه دليل قوله فشهادتهما
باطلة وهذا لان شهادة من يجر المغنم او يدفع المغرم باطلة لكونه
متهما قوله وان كذبهما فلا شي لهما ه اي وان كذبهما القاتل وكذبهما
المشهود عليه ايضا قوله معناه اذا كذبهما المشهود عليه ايضا ه
وفي بعض النسخ اذا كذبهما القاتل ايضا فعلى تلك النسخة يكون تقدير

قوله وان كذبهما ه اي المشهود عليه والاول اصح قوله لاقراره
له بذلك ه اي لاقرار القاتل للمشهود عليه بثلث الدية قوله وما
اقر به القاتل للمشهود عليه فقد بطل بتكذيبه ه وهو من اضافة المصدر الى الفا عل
اي بتكذيب المشهود عليه القاتل في انكار العفو يعني لما صدق المشهود عليه
الشاهدين صار تصديقه تكذيبا منه للقاتل في انكاره العفو قوله
فصار مقرا لهما ه اي صار الغايب وهو المشهود عليه بالعفو مقرا للشاهدين
بما اقر به القاتل وهو ثلث الدية قوله له ه اي للغايب
قال واذا شهد الشهود انه ضربه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعليه القود ه
اي قال في الجامع الصغير وذلك لانهم شهدوا بالقتل ما في ما يمكن لانه ليس
في وسع الشهود فوق ان يعاينوا الجرح والضرب وان يصير المجروح صاحب
فراش لا يزال كذلك حتى يموت اذا القتل العمد تفسيره ان يضربه عمدا فيموت
بسبب ذلك الضرب حتى لو كان يقوم ويذهب في حوايجه بعد الضرب لا يقتل
واذا كان صاحب فراش بذلك الضرب ومات فقد مات بذلك السبب
فوجب الحكم به فلم يكلف الشهود فوقه ولكن تاويل المسئلة فيما
اذا شهدوا انه ضربه بسلاح او ما اجري مجرى السلاح في تفريق الاجزاء لان في
غير ذلك لا يجب القود عند ابي حنيفة ولا يقال الضرب بسلاح قد يكون ن
خطاء فكيف يجب القود لانا نقول لما شهدوا انه ضربه بسلاح ثبت العمد
لا محالة لانه لو كان خطاء لقالوا انه قصد غيره فاصابه وقال في
شرح الكافي ولا ينبغي ان يسال الشهود انه مات بذلك ام لا وكذلك هذا
في الخطاء لانهم متى شهدوا على هذا الوجه فقد شهدوا بالقتل فان القتل اسم لجرح
ينقض البنية النفس عادة وقد شهدوا به حيث قالوا لم يزل صاحب فراش حتى

مات وهذا لان الموت متى وجد عقيب سبب صالح يضاف اليه ولا يضاف
الى شيء آخر اذا لم يكن في الظاهر سبب آخر وان احتمل سببا آخر في الباطن ولكن
الاحتمال بخلاف الظاهر لا يعتبر في الاحكام وكذلك اذا شهدوا انه ضربه بالسيف
حتى مات ولم يزيدوا على هذا لانهم قد ذكروا سببا صالحا واخبروا انه مات
عقيبه فصارت الشهادة به شهادة بالقتل وكذلك ان لم يذكروا العمد لان
العمد هو القصد بالقلب وهو امر باطن لا يوقف ولكن يعرف بدليله وهو
الضرب بالة قاتلة عادة ولو شهدوا انه قتله عمدا وانه مات به فهو احوط
كذا في شرح الكافي لشيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي **قوله**
قال واذا اختلف شاهدا القتل في الايام او في البلدان او في الذي كان
به القتل فهو باطل ه اي قال في الجامع الصغير ولفظ محمد في اصل الجامع
الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل قتل وليه عمدا
فشهد له شاهدان قال اذا اختلفا في الايام او في البلدان او في الذي قتله به
لم تجز شهادتهما وقال ايضا فيه عن ابي حنيفة في رجل ادعى على رجل
انه قتل وليه فشهد له شاهد انه قتله بالسيف وشهد آخر انه قتله بالعصا
قال هو باطل وان شهد شاهد انه قتله بالعصا وقال الآخر انه قتله ولا
ادري باي شيء قتله قال هو باطل كله قال الحاكم الشهيد في الكافي
ولو شهد احدهما انه قتله بسيف وشهد الآخر انه طعنه برمح او شهد الآخر
انه ضربه بسيف وشهد الآخر انه رماه بسهم او اختلفا في مكان القتل او وقته
او موضع الجراحة من بدنه فالشهادة باطلة وذلك لان القتل مما لا يعاد ولا
يكرر فالموجود في مكان او زمان غير الموجود في مكان آخر او زمان
آخر فاذا كان كذلك لم يوجد الاتفاق من الشاهدين على قتل آخر فلم تقبل

لقتلك وكذا القتل يختلف حكمه باختلاف الآلة لان القتل بسلاح يوجب القصاص
وبغير سلاح يوجب الدية واذا اختلف حكمهما كانا غيرين فلم يثبت واحد منهما
وكذلك فعل القتل يختلف باختلاف موضع الجرح وكذلك اذا شهد احدهما بآلة لا
توجب القود وقال الآخر لا ادري باي شيء قتله لان احدهما شهد بقتل معلوم
لا توجب القصاص والآخر بقتل مجهول فلم يتفقا على قتل واحد كذا في شروح الجامع
الصغير **قوله** قال وان شهدا انه قتله وقالا لا ندري باي شيء قتله
ففيه الدية ه اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه عن ابي حنيفة في
الشاهدين قالا نشهد انه قتله ولا ندري باي شيء قتله قال اقضي عليه بالدية
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذكر في الاصل انه استحسان وكان
القياس ان لا تقبل الشهادة وجه القياس ان هذا غفلة من الشاهدين فلا
تقبل شهادتهما ولانه يحتمل الاختلاف ايضا لانهما لو فسرا احتمل ان كل واحد
منهما فسر بخلاف ما فسره الآخر بان يقول احدهما قتله بالسيف ويقول الآخر
قتله بالعصا وجه الاستحسان انهما شهدا بالقتل المطلق ولم يظهر بينهما
اختلاف في الظاهر فتقبل شهادتهما لاتفاقهما ولكن يقضي بادنى موجبي القتل وهو
الدية لانه متيقن ويبطل القصاص ولكن تجب الدية في ماله لان مطلق القتل في
الاصل عمد ولا تجب على العاقلة بالشك ويحمل امر الشاهدين على درء القصاص
دون الجهل احسانا للظن بهما لان الشرع اطلق في الكذب في اصلاح ذات
البين قال عليه السلام ليس بكذاب من اصلح بين اثنين فقال خيرا او نمى خيرا
وليس كذلك اذا شهد احدهما انه قتله بالسيف وشهد الآخر انه قتله بالعصا
حيث لا تقبل الشهادة لان ثمة ثبت الاختلاف في الظاهر فلا يحمل فعل الآخر على
الدرء فتعين الجهل اما هاهنا بخلافه **قوله** والمطلق ليس بمجمل وذلك

المطلق بكر العمل به قبل البيان كما في قوله تعالى فتحرير رقبة والمجمل لا يمكن العمل به الا ببيان من جهة المجمل لكونه مجهولا **قوله** ولانه يحتمل اجمالهم في الشهادة على اجمالهم بالمشهود عليه ه اي يحتمل ابهام الشهود في الشهادة بقولهم لا ندري باي شي قتله على احد منهم بالمشهود عليه وهو القاتل حتى لا يجب عليه القصاص لا على الكذب ولا على الجهل حسبة للستر على القاتل بجعل قولهم لا ندري عفوا ه **قوله** واولوا كذبهم في نفي العلم ظاهرا وورد باطلاقه ه هو نصب بنزع الخافض ه اي بظاهرها وورد الحديث باطلاقه اي بتجويز الكذب في قوله عليه السلام ليس بكذاب من اصلح بين اثنين وهذا في معناه اي ستر الشاهد على المشهود عليه ما يوجب القتل في معنى اصلاح ذات البين لان العفو مندوب هنا بقوله تعالى وان تعفوا اقرب للتقوى كما ان الاصلاح مندوب ثمة وكان تجويز الكذب ثمة تجويزا هنا **قوله** قال واذا اقر رجلان كل واحد منهما انه قتل فلانا فقال الولي قتلتماه جميعا فله ان يقتلهما وان شهدوا على رجل انه قتله وشهد آخرون على اخر بقتله وقال الولي قتلتماه جميعا بطل ذلك كله ه اي قال في الجامع الصغير وذلك لان الاصل في باب الاقرار ان المقر له اذا كذب المقر في بعض اقراره لا يبطل اقراره فيما بقي ولو كذب الشهود في بعض الشهادة بطلت الشهادة فيما بقي مثال ذلك ان رجلا لو اقر لرجل بماية درهم فقال المقر له ليس لي عليك الا خمسون كان للمقر له ان ياخذ منه خمسين ه ولو شهد شاهدان على رجل بماية فقال المشهود له ليس لي عليك الا خمسون درهما بطلت الشهادة في الكل لانه لما اكذب الشاهدين في بعض الشهادة دل ان الشاهد كاذب متهم وشهادة المتهم باطلة واقرار المتهم جايز واذا عرفت هذا فنقول في المسئلة اذا اقر كل واحد منهما بالقتل فقد اقر

كل واحد منهما بالاتلاف بجميع النفس وقد صدق كل واحد منهما باتلاف بعض النفس والقصاص يجب باتلاف البعض كما يجب باتلاف الكل فلهذا كان له ان يقتلهما واما في الشهادة لما اكذب كل فريق في بعض الشهادة بطلت شهادتهما في الكل ولو لم يقل كلاكما قتلتماه ولكن قال لصدقتما بطل القصاص في الوجهين جميعا سوا كان اقرارا او شهادة وهذا الجواب ذكر في كتاب الاقرار ويذكرها هنا وانما صار هكذا لانه لما قال صدقتما كانه قال لكل واحد منهما صدقت انت الذي قتلته وحدك وكان في تصديق كل واحد منهما تكذيب الاخر كذا ذكر الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير **قوله** منهما اي من الاقرار والشهادة **قوله** في بعض ما اقر به ه قيد به لان تكذيب المقر له في كل ما اقر به المقر مبطل لاقراره

باب في اعتبار حالة القتل

قيل لما كانت الاحوال صفات تعتري ذا الحال بعد وجوده ذكر احوال القتل بعد ذكر نفس القتل وما يتعلق به **قوله** قال ومن رمى مسلما فارتد المرمي اليه والعياذ بالله ثم وقع به السهم فعلى الرامي الدية عند ابي حنيفة وقالا لا شي عليه ه اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رمى رجلا والمرمي اليه مسلم ثم ارتد قبل ان يقع به السهم ثم وقع به السهم وهو مرتد فمات قال الدية على الرامي لورثة المرتد وقال ابو يوسف ومحمد لا شي على الرامي وان رمى وهو مرتد فوقع به السهم بعدما اسلم لم يكن على الرامي شي في قولهم جميعا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه من الخواص وجه قولهما ان التلف حصل في محل غير معصوم واتلاف غير المعصوم هدر فصار كما لو جرحه ثم ارتد ثم مات ولانه بالارتداد اخرج نفسه عن

النفوس فيصير مبريا اياه عن الجناية ولو ابراه عن الجناية او عن جهة ثم اصابه
السهم لا شيء عليه فكذلك هاهنا ولابي حنيفة ان الانسان انما يواخذ
بفعله وفعله الرمي فيصير قاتلا من وقت الرمي ولهذا لو كانت الجناية خطاء
فكفر بعد الرمي قبل الاصابة يصح تكفيره ه وكذلك لو رمى مسلم الى صيد
ثم ارتد والعياذ بالله واصاب الصيد وهو مرتد فجرحه ومات يوكل ويعتبر
قاتلا من وقت الرمي ولو كان مجوسيا فرمى الى صيد ثم اسلم قبل الاصابة ثم
اصابه وجرحه ومات لا يحل اكله لان المعتبر وقت الرمي ووقت الرمي
كان مجوسيا وكذلك ارسال الكلب على هذا التفصيل فهذه المسايل تدل على
ان الرامي يعتبر راميا من وقت الرمي والمقتول كان مسلما من وقت الرمي
الا انه لا يجب القصاص لان اعتبار حالة التلف تورث شبهة فيه والقصاص
لا يستوفى مع الشبهة وما قالا انه بالارتداد صار مبريا اياه عن ضمان
الجناية لا يصح لان عنده ان الردة لا تبطل التقوم فكيف يكون مبريا عن
ضمان الجناية كذا ذكر فخر الدين قاضي خان قوله ولو رمى اليه وهو
مرتد فاسلم ثم وقع به السهم فلا شيء عليه في قولهم جميعا وكذا اذا رمى حربيا فاسلم
ولفظ محمد في المسئلة الاولى ذكرناه قبل هذا واما في المسئلة الثانية
فقال محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل رمى حربيا ثم
اسلم الحربي ثم وقع السهم بعد ما اسلم قال ليس على الرامي شيء في قولهم جميعا
الى هنا لفظ محمد وهذه من الخواص ايضا وذلك لان المعتبر عند ابي حنيفة
حالة الرمي ووقت الرمي لم يكن المرمي متقوما لعدم العصمة بكونه مرتدا او حربيا
فكان تلفه هدرا واما عندهما فلان فعله وقت الرمي وقع هدرا باعتبار
الظاهر فلا ينقلب معتبرا ولان قتل الحربي والمرتد مامور به فلو اعتبرنا

حالة الاصابة لامتنع الناس من قتلهم فسقط اعتبار وقت الاصابة في حقهم لمكان
الضرورة بخلاف ما اذا كان مسلما وقت الرمي لانه لا ضرورة ثمة قوله
قال وان رمى عبدا فاعتقه مولاه ثم وقع السهم به فعليه قيمته للمولى عند ابي حنيفة
وقال محمد فضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي اي قال في الجامع الصغير
وهذه من الخواص ايضا قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
وقول ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة روى عنه الحسن وقال زفر عليه الدية
قالوا في تفسير قول محمد انه ينظر بكم يشترى لو لم يكن ذلك الرمي وبكم
يشترى في تلك الحالة فيجب فضل ما بينهما بيانه ان قيمته ان كانت قبل الرمي
الف درهم وبعد الرمي ثمانماية درهم يلزمه ماتا درهم وجه قول زفر
ان الرمي انما صار علة عند الاصابة لان الاتلاف لا يكون بلا تلف يتصل بالمحل
وحين اتصل التلف به كان حرا لا عبدا فكان اتلافا للحر لا للعبد فكيف تجب
قيمة العبد بلا تلف ولا يصح ان يجعل الاعتاق قاطعا للسراية لان سراية الفعل لا
تكون قبل اتصال اثره بمحل السراية ولم يوجد وقوعه الا بعد الاعتاق فلم
يوثر فيه حكم الاعتاق المتقدم وجه قول محمد ان توجه السهم عليه
يوجب اشرافه على الهلاك فصار ذلك كالجرح الواقع به ولو جرحه ثم اعتقه مولاه
تقطع السراية فلا يجب الدية ولا القيمة وانما يجب النقصان فكذلك هاهنا ه
والدليل على ان العتق يبطل سراية الجناية ما قال الصدر الشهيد في
شرحه ان من قطع يد عبد انسان خطاء ثم اعتقه مولاه ثم مات لم تجب عليه قيمة
النفس وانما يجب عليه ارش اليد مع النقصان الذي نقصه القطع الى ان عتق دل
ان العتق يبطل سراية الجناية ولابي حنيفة وابي يوسف ان الرامي جعل
قاتلا بفعله الذي هو الرمي وصار كانه اصابه السهم في ذلك الوقت وحينئذ

كان المرمي اليه عبدا فيجب قيمته وقت الرمي الا ترى ان رجلا لو كان مولى
لرجل بالموالاة فرمى رجلا ثم تحول ولاؤه الى غيره فالضمان على مولاه الاول ولا
يجب على الآخر شيء فكذلك هنا وكذلك مسلم رمى سهما الى صيد ثم ارتد والعياذ
بالله ثم وقع السهم به فقتله حل الصيد فكذا هنا وليس الرمي كالجرح الذي قاسه عليه
محمد لوجود الفارق بينهما لان الجرح يحصل به تلف بعض المحل وحينئذ كان المحل للمولى
فيجب الضمان للمولى ايضا ثم بعد سراية الجرح الى النفس لو وجب الضمان لوجب للعبد
لانه حينئذ معتق وذلك متعذر لكون الانتهاء مخالفا للابتداء لانه ينزل
بمنزلة تبدل المحل حقيقة وعند تبدل المحل لا تتحقق السراية واما الرمي قبل
اتصال السهم بالمحل فلم يحصل به اتلاف اصلا فلم يجب بالرمي حين وجوده ضمان فلم تلزم
مخالفة الانتهاء الابتداء وانما انقلب الرمي علة للاتلاف عند الاتصال بالمحل
بطريق استناد الحكم الى وقت الرمي وكانه وجد في ذلك الوقت فلم تلزم المخالفة
فلم يكن العتق قاطعا لسراية الرمي لعدم المخالفة ثم ابو حنيفة مر
في هذه المسألة على اصله وابو يوسف فرق بين هذه المسألة وبين ما تقدم
ووجه الفرق ان المعترض ثمة هو الردة وهي مبطلة عصمة المحل فلا يلزمه
شيء اما هنا فالمعترض هو الاعتاق والعتق لا يبطل عصمة المحل بل يؤكدها
الا انه لا تلزمه الدية لان الرمي يقع موجبا ضمان القيمة واعتبار وقت الاصابة
يوجب الدية فلا تلزمه الزيادة بالشك وقد ذكر الفقيه ابو الليث قول
ابي يوسف مع محمد في شرح الجامع الصغير في مسألة الاعتاق بعد الرمي وذكر
فخر الاسلام في شرحه قوله مع ابي حنيفة قوله قال ومن
قضي عليه بالرجم فرماه رجل ثم رجع احد الشهود ثم وقع به السهم فلا شيء على الرامي
اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة

رضي الله عنه قال اذا قضى القاضي على رجل بالرجم فرماه رجل بحجر ثم رجع احد
الشهود ثم وقع به الحجر بعد ذلك قال ليس على الرامي شيء الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير وهذه من الخواص ايضا ه اما عند ابي حنيفة فلان اصل الفعل
كان مباحا لان الاعتبار بحالة الرمي عنده فوقع هدرا ولكن يجب الضمان
على الراجع وان رجعوا جميعا فعليهم الدية وان رجع واحد فعليه ربع الدية ه
واما عندهما فلان هذا الفعل لما وقع هدرا لم ينقلب معتبرا لان الاصل
عندهما انه اذا وقع معتبرا ثم بطلت عصمته يبطل الضمان واذا وقع هدرا ثم
صار متقوما لا ينقلب معتبرا قوله واذا رمى المجوسي صيدا ثم اسلم
ثم وقع الرمية بالصيد لم يؤكل ه وان رماه وهو مسلم ثم تمجس والعياذ بالله اكل
وهذه من مسائل الجامع الصغير معروفة في كتاب الصيد وذلك لان
المعتبر حالة الرمي فلا يعتبر التغير بعد ذلك فحرم الصيد في الاولى وحل في
الثانية قوله وانسلابها عنده ه اي يعتبر انسلاب الاهلية عند الرمي
قوله ولو رمى المحرم صيدا ثم حل فوقعت الرمية بالصيد فعليه الجزاء
وان رمى حلال صيدا ثم احرم فلا شيء عليه وهذه من مسائل الجامع الصغير
قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله في شرح الجامع الصغير وفي هذا
الفصل اعتبر حال الرمي بالاجماع لان هذا راجع الى اهلية الفاعل فاعتبر عند
وجود فعله فاما ما يرجع الى المحل فيعتبر عند اتصاله ولهذا قال اصحابنا في
كتاب المناسك في رجل محرم رمى صيدا في الحل والرامي في الحل فدخل الصيد في
الحرم ثم اصابه السهم فقتله ان عليه الجزاء ه ولو ارسل كلبه على صيد في الحل
والمرسل في الحل فادخله الحرم ثم قتله لا جزاء عليه لان فعل الكلب مضاف الى
الذي ارسله فصار نفر الصيد هاهنا مضافا الى الذي ارسله والعلة قد تمت في حقه

هذا

فصار العارض كأ هدرا الكفر الحادث فيه وفي مسئلة الصيد نفر الصيد مضاف
الى الصيد والعلة لم توجد في حقه فلم يهدر

كتاب الديات

ذكر مسائل كتاب الديات بعد كتاب الجنايات لأن الدية احد موجبي الجناية
في الآدمي ولكن لما كان القصاص اعلاهما واقواهما قدمه لأن معنى الاحياء
والصيانة فيه اكثر ولأن وجوب الدية فيما كان من العوارض كالخطا
وما في معناه والأصل عدم العارض فقدم القصاص على الدية لهذا وهذا وضع
القدوري في مختصره والشيخ ابو الحسن الكرخي قدم في مختصره كتاب
الديات على كتاب الجنايات والطحاوي قدم القصاص على الديات في
الذكر حيث ترجم الكتاب بقوله كتاب القصاص والديات ثم اعلم
ان محمدا رحمه الله ذكر احكام الجنايات في كتاب الديات ولم يسم كتاب
الجنايات اصلا لأن عامة احكامها الديات وذلك لأن القصاص لا يجب الا
بالعمد المحض والدية تجب في شبه العمد وفي الخطاء وفي العمد ايضا عند تمكن
الشبهة ثم اعلم ان الدية مصدر ودى القاتل المقتول اذا اعطى وليه
المال الذي هو بدل النفس وذلك المال اسمه الدية تسمية بالمصدر والتاء في آخرها
عوض عن الواو المحذوف في الاول كما في العدة والمقة والدية اسم
لضمان يجب بمقابلة الآدمي او طرف منه سمي بها لأنها تؤدى عادة لأنه قلما
تجري فيه العفو لعظم حرمة الآدمي ولم سم قيمة لأن القيمة اسم لما يقام مقام
الفائت وفي قيام مقام الفائت قصور لعدم المماثلة بينهما وضمان المال
يسمى قيمة ولا يسمى دية لأن معنى القيام فيه اكمل لوجود المماثلة المطلقة
ولو سمي دية جاز لأنه مما يؤدى والأول لو سمي قيمة جاز لمعنى القيام ولكن

على الاثم في كل واحد منهما قوله قال وفي شبه العمد دية مغلظة
على العاقلة وكفارة على القاتل اي قال القدوري في مختصره وقد مر بيان
وجوب الدية فيه والكفارة في اول كتاب الجنايات مستوفى قوله
قال وكفارته عتق رقبة مؤمنة اي قال القدوري في مختصره وانما اشترط
الايمان في كفارة القتل دون سائر الكفارات لأنه منصوص عليه بقوله تعالى
فتحرير رقبة مؤمنة والنص وان كان ورد في الخطاء ولكن لما كان شبه
العمد فيه معنى الخطاء ثبت فيه حكم الخطاء قوله فان لم يجد فصيام
شهرين متتابعين بهذا النص اي ان لم يقدر على اعتاق الرقبة المؤمنة فعليه
صوم شهرين على التتابع بالنص المذكور في الخطاء لأن شبه العمد في معنى الخطاء
وهو قوله تعالى فمن لم يجد فصيام شهرين متتابعين توبة من الله قوله
ولا تجزي فيه كفارة الاطعام اي في شبه العمد وذلك لأنه لم يرد فيه
نص بالاطعام بخلاف كفارة اليمين وكفارة الظهار وكفارة الصوم فان النص
ورد ثمة بالاطعام ولأن الله تعالى اوجب الصيام بحرف الفاء في جزاء
الشرط اذا لم يقدر على الاعتاق فذلك يدل على انه كل الواجب لأن جزاء الشرط
لا يكون جزاء الا اذا كان كاملا في كونه جزاء الا ترى انه لو قال
ان دخلت الدار فانت طالق يجعل قوله فانت طالق جزاء كاملا من غير ان يقدر
فيه وزينب طالق ايضا وعبدي حر ايضا ومعنى قوله او بكونه كل المذكور
اي يكون الصيام كل المذكور ان الصيام هو المذكور لا غير فلو كان الاطعام
واجبا ايضا لذكر وحيث لم يذكر دل ان الاطعام غير مراد لأن السكوت
في موضع الحاجة الى البيان بيان قوله على ما عرف اي في كتب اصول
الفقه قوله ويجزيه رضيع احد ابويه مسلم قال محمد في اصل الكا

الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل وجب عليه عتق رقبة مومنة فاعتق
رضيعا قال تجزيه ان كان احد ابويه مسلما وان كانا كافرين لم تجزيه فان كان
عليه عتق رقبة فليس تجزيه ان يعتق ما في البطن الى هنا لفظ محمد رحمه الله تعالى
والمسئلة الاولى من الخواص وذلك لان الشرع امر باعتاق رقبة مومنة وقد
ثبت للرضيع حكم الايمان باسلام احد ابويه لان الولد يتبع خير الابوين دينا بخلاف
ما اذا كانا كافرين حيث لا يجوز اعتاقه عن الكفارة لانه تابع لابويه في
الدين ه والرضيع في العادة هو الذي لم يتبين سلامة اعضائه حتى جعل بمنزلة
المقعد في حكم القصاص والارش في مسئلة الجامع الصغير في مولود يولد فقطع
رجل ذكره ففيه حكومة عدل الا ان يكون الذكر قد تحرك ففيه القصاص في
العمد والدية في الخطاء وكذلك اذا قطع لسانه وقد استهل ففيه حكومة عدل
الا ان يكون تكلم فان تكلم ففيه الدية كاملة وكذلك بصره ففيه حكومة
عدل الا ان يعلم انه قد ابصر وفي هذه المسئلة جعله بمنزلة سليم الاطراف ووجه
التوفيق ان سلامة الاطراف لم تثبت بالدليل والقطع يحسم باب حدوث السلامة
فيكون تاويل المسئلة انه اعتق ثم عاش حتى ظهرت سلامة اعضائه واطرافه حتى
انه لو مات قبل ان يظهر ذلك لم تتادى به الكفارة كذا قال فخر الاسلام في
شرح الجامع الصغير واما المسئلة الثانية ففي كتاب الايمان وغيره قال
فخر الاسلام تفسيره ان يولد بعد الاعتاق بيوم او نحوه حتى تثبت حيوته عند
الاعتاق بيقين وانما لم يجز عن الكفارة لان الجنين وان اعتبر نفسا في حق نفوذ
العتق فقد ثبت له حكم الاطراف الا ترى انه يضمن بارش الموضحة وانه لا
مالكية له ولا مملوكية على الاطلاق وانه قائم بغيره فكان بمنزلة عضو من
الاطراف ولان الله تعالى اوجب في الكفارة اعتاق الرقبة الكاملة والجنين

له حكم بعض الرقبة ولهذا لو ضرب انسان بطن امه فالقت جنينا ميتا يجب
عليه عشر قيمته ان كان انثى ونصف عشر قيمته ان كان ذكرا فلما ثبت انه بعض
الرقبة لم يجز عن الكفارة لان الله تعالى قال فتحرير رقبة مومنة ه قوله
قال وهو الكفارة في الخطاء ه اي تحرير الرقبة المومنة هو الكفارة في
الخطاء ايضا قوله لما تلوناه ه اي لقوله تعالى فتحرير رقبة مومنة قوله
وديته عند ابي حنيفة مائة من الابل ارباعا خمس وعشرون بنت مخاض وخمس وعشرون
بنت لبون وخمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة ه اي دية شبه العمد
عند ابي حنيفة وابي يوسف مائة من الابل ارباعا كما ذكر وقول ابي يوسف
مثل قول ابي حنيفة في كتب اصحابنا كالمبسوط ومختصر ابي جعفر الطحاوي وابي الحسن
الكرخي وشرحيهما ومختصر القدوري وشرح الاقطع وغير ذلك من كتب
الثقات وكان ترك ذكر ابي يوسف في الهداية سهو القلم عن صاحب الهداية
او عن الكاتب وقوله بنت مخاض بالنصب على التمييز لان مميز احد عشر الى
تسعة وتسعين يجي منصوبا وقد علم في النحو وهذا الذي ذكره في دية شبه
العمد ارباعا قول ابن مسعود رضي الله عنه وفيه اختلاف الصحابة رضي الله عنهم
وذكر محمد في الاصل عن عمر والمغيرة وابي موسى رضي الله عنهم ان دية
شبه العمد اثلاثا ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ما بين ثنية الى
بازل عامها كلها خلفة في بطونها اولادها وهو قول محمد والشافعي
وعن علي رضي الله عنه في شبه العمد اثلاثا ثلاث وثلاثون حقة وثلاث
وثلاثون جذعة واربع وثلثون خلفة في بطونها اولادها كذا ذكر القدوري
في شرحه ووجه قول محمد ما روي في السنن مسندا الى القسم بن ربيعة عن
عقبة بن اوس عن عبد الله بن عمرو رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم

خطب يوم فتح مكة الا ان دية الخطاء شبه العمد ما كان بالسوط والعصا فيه مائة من الابل منها اربعون في بطونها اولادها وروى في السنن ايضا مسندا الى مجاهد قال قضى عمر رضي الله عنه في شبه العمد ثلاثين حقة وثلاثين جذعة واربعين خلفة ما بين ثنية الى بازل عامها ولان هذه الدية اغلظ من دية الجناية فوجب اظهار غلظها على هذا الوجه ولهما ما روى محمد في موطاه عن مالك قال اخبرنا عبد الله بن ابي بكر ان اباه اخبره عن الكتاب الذي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتبه لعمرو بن حزم في العقول فكتب ان في النفس مائة من الابل وجه الاستدلال ان ظاهره يقتضي اذى ما يتناوله الاسم لكونه مطلقا والذي ذهبا اليه هو الادنى مما قال محمد وروى الزهري ان السائب بن يزيد قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم ارباعا ونحن نعلم انه لم يرد به الخطاء لان ديته اخماس فتعين شبه العمد ولانها دية او بدل النفس او حيوان يجب بالقتل او مال يجب بالقتل فلا يجب فيه الحوامل كالخطاء ولانه حيوان وجب بالقتل فلا يعتبر فيه الحمل كما لا يعتبر في كفارة العتق ولانه سن يجب في الدية فلا يعتبر فيه الحمل كالحقاق والجذاع ولان الواجب في النفس مائة من الابل بحديث عمرو بن حزم فلو اوجبنا الخلفات لاوجبنا الزيادة على ذلك من وجه لان ما في البطن حيوانا على حدة وله عرضية الانفصال عادة فيصير ذلك ايجاب الزيادة على ما قدره الشرع وهو باطل ولان الحمل شيء لا يوقف عليه حقيقة وايجاب ما لا يوقف عليه ايجاب ما ليس في الوسع وهو باطل قالوا والزيادة التي ذكرها محمد وهو قوله منها اربعون خلفة في بطونها اولادها ليس بثابت لان النبي صلى الله عليه وسلم قال ذلك في خطبته يوم الفتح بمكة على درجة الكعبة على ما ذكر في السنن والصحابة رضوان الله عليهم متوافرون وهم قد اختلفوا في دية شبه العمد ولم يحتج احد منهم على غيره بهذا فلو كان ثابتا لاحتج وحيث لم يحتج دل انه ليس بثابت بهذه الزيادة ولئن ثبت فهو معارض بقول ابن مسعود رضي الله عنه لان قوله يحمل على التوقيف لان المقدرات لا مدخل للقياس فيها فلا بد ان يكون ذلك من جهة التوقيف لكونه بناء عن الكذب والجزاف واذا تعارض الخبران كان الاخذ بالمتيقن اولى وما ذكر محمد من القياس لا مجال له في هذا الباب لانه من المقدرات وذكر ابو يوسف في كتاب الخراج اختلاف عمر وعلي وابن مسعود رضي الله عنهم كما ذكرنا ثم قال فيه وقال عثمن بن عفان وزيد بن ثابت رضي الله عنهما في المغلظة وفيها اربعون جذعة خلفة وثلاثون حقة وثلاثون بنات لبون وقال ابو موسى الاشعري والمغيرة بن شعبة رضي الله عنهما ثلاثون حقة وثلاثون جذعة واربعون ثنية الى بازل عامها كلها خلفة ثم قال ابو يوسف في كتاب الخراج وارجوا ان لا يضيق عليك الامر في اختيار قول من هذه الاقاويل والخلفة الحامل من النوق والحقة التي طعنت في الرابعة والجذعة التي طعنت في الخامسة والذكر جذع والثنية التي طعنت في السادسة والذكر ثني والرباعية التي طعنت في السابعة والذكر رباع والسديس الذي دخل في السنة الثامنة فاذا دخل في التاسعة فهو بازل فاذا دخل في العاشرة فهو مخلف ثم ليس له اسم ولكن يقال بازل عام وبازل عامين ومخلف عام ومخلف عامين الى ما زاد وقال ابو عبيد اذا لقحت الناقة فهي خلفة فلا تزال خلفة الى عشرة اشهر فاذا بلغت عشرة اشهر فهي عشراء **قوله** ولا يثبت التغليظ الا في الابل خاصة اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان قضي بالدية في غير الابل لم يتغلظ

مبن

وذلك لان القياس يمنع التغليظ لان عمد الاتلاف وخطاه في باب التقويم سواء وانما
تركوا القياس في الدية من الابل فغلظوا بالخبر وما سواها على اصل القياس وانما
اوجبوا دية شبه العمد على العاقلة لحديث المغيرة الا ترى ان المراة
اعتمدت الضرب فاوجب عليه السلام الغرم على العاقلة ولان هذا القتل
اجري مجرى الخطاء في وجوب الدية فكذلك في تحمل العاقلة ويكون ذلك عليهم في
ثلاث سنين وكذلك كل دية وجبت بنفس القتل فاما اذا وجبت الدية بالصلح
فهي حالة والاصل في التاجيل ان عمر بن الخطاب رضي الله عنه قضى بالدية
على العاقلة في ثلاث سنين بحضرة الصحابة من غير خلاف كذا ذكر القدوري
في شرحه فصار ذلك اصلا يجب الرجوع اليه كسائر العقود التي عقدها لكافة
اهل الاسلام بحضرة الصحابة رضي الله عنهم فلم يختلف عليه منهم احد فصارت
اصولا لا يسع خلافها نحو عقده مع بني تغلب في مضاعفة العشر عليهم في اموالهم
ووضع الخراج على اهل سواد العراق واهل الشام وتصنيف طبقات اهل الذمة
في الجزية وتقدير الدية الف دينار وقد كانت في زمن النبي صلى الله عليه وسلم مائة
من الابل **قوله** لما قلناه اشارة الى قوله لان التوقيف فيه **قوله**
لما بينا من قبل ه اي في اول كتاب الجنايات **قوله** قال والدية
في الخطاء مائة من الابل اخماسا عشرون بنت مخاض وعشرون بنت لبون وعشرون
ابن مخاض وعشرون حقة وعشرون جذعة ه اي قال القدوري في مختصره
قال ابو يوسف في كتاب الخراج واختلف اصحاب محمد صلى الله عليه وسلم في
أسنان الابل في الدية في الخطاء فعبد الله بن مسعود رضي الله عنه يروي عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم انه قال دية الخطاء اخماسا حدثني بذلك الحجاج عن زيد بن
جبير عن خشف بن مالك عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم

انه قال دية الخطاء اخماسا قال وحدثني منصور عن ابرهيم وابو حنيفة عن
حماد عن ابرهيم قال كان عبد الله بن مسعود رضي الله عنه يقول في الخطاء
اخماسا عشرون حقة وعشرون جذعة وعشرون بنات لبون وعشرون
بني مخاض وعشرون بنات مخاض وكذلك عمر بن الخطاب رضي الله عنه
يقول في الخطاء حدثني بذلك ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم عن عمر رضي
الله عنه قال دية الخطاء اخماسا ه واما علي رضي الله عنه فكان يقول
الدية في الخطاء ارباعا خمس وعشرون حقة وخمس وعشرون جذعة وخمس وعشرون
ابنة لبون وخمس وعشرون ابنة مخاض ه واما عثمن وزيد بن ثابت رضي الله
عنهما فكانا يقولان في دية الخطاء ثلاثون جذعة وثلاثون بنات لبون
وعشرون بني لبون وعشرون بني مخاض حدثني بذلك شعبة عن قتادة
عن سعيد بن المسيب الى هنا لفظ كتاب الخراج وقوله احمد واسحق مثل قولنا
وقال مالك والشافعي في الخطاء اخماس والخمس الرابع بنو لبون ذكور
ولهما ما روى مالك في الموطاء عن ابن شهاب عن سليمن بن يسار انه
كان يقول في دية الخطاء عشرون بنت مخاض وعشرون ابنة لبون وعشرون
بني لبون وعشرون حقة وعشرون جذعة وقال محمد في موطاه
ولسنا ناخذ بهذا ولكنا ناخذ بقول عبد الله بن مسعود رضي الله عنه وقد
رواه ابن مسعود رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال دية الخطاء
اخماسا عشرون بنات مخاض وعشرون بني مخاض وعشرون بنات لبون وعشرون
حقة وعشرون جذعة اخماسا ولان ابن مخاض اقل من ابن لبون في السن
فكان ما قلناه اولى مما قال مالك والشافعي لانه اخف وهو اولى بحال
الخاطي لانه معذور **قوله** على نحو ما قال ه اي قال ابن مسعود ه

قوله والحجة عليه ما ذكرناه اي الحجة على الشافعي قول ابن مسعود
رضي الله عنه وقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم قوله قال ومن العين
الف دينار ومن الورق عشرة آلاف درهم اي قال القدوري في مختصره
والعين الذهب والورق الفضة اعلم انه لا خلاف في تقدير الدية من
الابل بمائة وانما الخلاف في اسنانها وقد مر بيانه قبل هذا واتفقوا في
ان الدية من العين الف دينار الا على بعض اقوال الشافعي الذي يقول فيه ان ما سوى
الابل تعتبر فيه القيمة فاما على القول الذي قال ان الدية مقدرة فيما سوى
الابل قال انها من الدنانير الف دينار وقد دلت على هذا ما روي ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال في النفس مائة من الابل وروي انه جعل دية
كل ذي عهد في عهده الف دينار واختلفوا في الدية من الدراهم فقال
هي مقدرة بعشرة آلاف وزن سبعة وقال مالك والشافعي هي
اثنا عشر الف درهم كذا ذكر القدوري في شرحه وذكر الترمذي في
جامعه قول احمد واسحق مثل قول الشافعي وقول سفين الثوري مثل قولنا
لهم ما روي في السنن عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما ان رجلا من
بني عدي قتل فجعل النبي صلى الله عليه وسلم ديته اثني عشر الفا ولنا ما
روى محمد في كتاب الآثار وقال اخبرنا ابو حنيفة عن الهيثم عن عامر الشعبي عن
عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال على اهل الورق من الدية عشرة آلاف درهم
وعلى اهل الذهب الف دينار ووجه الاستدلال به ان عمر رضي الله عنه
قضى بذلك بمحضر من الصحابة رضي الله عنهم من غير نكير فحل محل الاجماع ولانه
كان متبرئا عن الجزاف والكذب بتعديل الرسول عليه السلام فكان كلامه
محمولا على السماع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ولان الدية مقدرة في

الذهب بالف دينار والدينار مقوم بعشرة دراهم في الشرع الا ترى انه
مقوم بعشرة في الزكوة حتى جعل النصاب من احدهما عشرين دينارا ومن الآخر
مائتي درهم الا ترى الى ما رواه ابن عباس رضي الله عنهما عن رسول الله صلى
الله عليه وسلم انه قطع رجلا في مجن قيمته دينار او عشرة دراهم وما روي
من حديث ابن عباس رضي الله عنهما يحتمل انه قضى من دراهم وزن ستة فان في ابتداء
عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم كان وزن الدراهم وزن ستة ثم صار
وزن سبعة وقال القدوري في شرحه قال محمد انما كانت الدية
اثني عشر الفا وزن ستة وقال في شرح الاقطع ذكر عمر بن شبة في كتاب
البصرة ان اول من قضى بالدية من الدراهم بالعراق زياد نعني بالبصرة بعشرة
آلاف وكانت وزن سبعة وقضى بالكوفة باثني عشر الفا وكانت وزن ستة
وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في مبسوطه يحتمل ان الدراهم كانت وزن
ستة الا شيئا الا انه اضيف الوزن الى ستة لما كان قريبا منها كما يقال فلان
يملك مائتي درهم اذا كان يملك قريبا منه ولان الاخبار لما تعارضت
كان الاخذ بالمتيقن وهو الاقل اولى وقال القدوري في شرحه
واختلفوا فيما سوى الابل هل هو اصل بنفسه في الدية او قيمة الابل فكان
ابو بكر الرازي يقول الاصل هو الابل وما سواها قيمة لها الا انها قيمة
تقدرت بالشرع فلا يزاد عليها ولا ينقص منها ثم قال بعد ذلك الدراهم
والدنانير اصول في الدية بانفسها وليست بقيمة وقال الشافعي في اصح قوليه
ان الدراهم والدنانير قيمة وانها تختلف باختلاف الازمان ووجه ما
ذكره ابو بكر اولا قول رسول الله صلى الله عليه وسلم في النفس مائة من الابل
وروي عن الزهري انه قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم

مائة من الابل قيمة كل بعير اوقية فلما كان زمن عمر رضي الله عنه غلت الابل فجعل
عمر رضي الله عنه قيمة كل بعير اوقية ونصفا فلما غلت ايضا جعلها اوقيتين ولم
تزل تغلو حتى بلغ قيمة الابل اثني عشر الفا وروى عمرو بن شعيب عن
ابيه عن جده قال كانت الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم مائة من
الابل قيمتها اربعة الاف وعدلها من الذهب اربعمائة دينار وجه قوله
الثاني ان الدراهم لو كانت قيمة لم يجز ان يقضي بها مؤجلة لانه يؤدي الى
الدين بالدين فلما قضى بها مؤجلة دل على انها وجبت بنفسها وروى شعبة
عن سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال دية كل ذي عهد
في عهده الف دينار وروى عن عمر رضي الله عنه انه قضى بالدية
في ستة اصناف والقيم لا يقضى بها في البقر والغنم والحلل فدل على ان هذه
الانواع ديات بانفسها كذا ذكر القدوري في شرحه قوله قال
ولا تثبت الدية الا من هذه الانواع الثلاثة عند ابي حنيفة وقالا منها ومن
البقر مائتا بقرة ومن الغنم الفا شاة ومن الحلل مائتا حلة كل حلة ثوبان ه
اي قال القدوري في مختصره وقال الكرخي في مختصره والحلة
ثوبان ازار ورداء والازار المئزر وقال الامام الاسبيجابي في
شرح الطحاوي ثم جنس الدية ثلاثة عند ابي حنيفة من الدراهم والدنانير والابل
وعلى قول ابي يوسف ومحمد الدية من هذه الاصناف ومن اصناف ثلثة سواها
من الحلل والبقر والغنم من الحلل مائتا حلة قيمة كل حلة خمسون درهما ومن
البقر مائتا بقرة قيمة كل بقرة خمسون درهما ومن الغنم الفا شاة قيمة كل شاة
خمسة دراهم ولا يؤخذ عند ابي حنيفة هذه الاشياء الى هنا لفظ شرح الطحاوي
وجه قولهما ما روى ابو يوسف في كتاب الخراج وقال حدثني محمد بن

اسحق عن عطاء ان رسول الله صلى الله عليه وسلم وضع الدية على الناس في اموالهم
على اهل الابل مائة بعير وعلى اهل البرود مائتي حلة ثم قال ابو يوسف
فيه وحدثنا ابن ابي ليلى عن الشعبي عن عبيدة السلماني قال وضع عمر بن الخطاب
رضي الله عنه الديات على اهل الذهب الف دينار وعلى اهل الورق عشرة الاف
درهم وعلى اهل الشاء الفي شاة وعلى اهل الحلل مائتي حلة ثم قال ابو يوسف
فيه وحدثنا اشعث عن الحسن ان عمر وعثمن رضي الله عنهما قوما الدية وجعلا
ذلك الى المعطي ان شاء فالابل وان شاء فالقيمة وجه قول ابي حنيفة
ان التقدير انما يستقيم بشيء معلوم المالية وهذه الاشياء مجهول ماليتها ولهذا
لا يصلح التقدير بهذه الاشياء في ضمان ما فلا يصلح التقدير بها هاهنا ايضا ه
وكان القياس في الابل هكذا ايضا لانها لا تصلح ضمانا في شيء من الاشياء
الا انا جعلناها ضمانا اصلا في الديات باثار مشهورة وهي قوله عليه السلام
ان في النفس مائة من الابل وقوله عليه السلام الا ان قتيل خطاء شبه العمد
ما كان بالسوط والعصا وفيه مائة من الابل وقوله عليه السلام دية
الخطاء اخماسا عشرون بنات مخاض وعشرون بني مخاض وعشرون بنات لبون
وعشرون حقة وعشرون جذعة ولم يوجد مثل هذه الاثار في غير الابل فترك
على اصل القياس ولانه يحتمل ان عمر رضي الله عنه قضى بذلك بطريق
الصلح بعد ما قضى بالدراهم او الدنانير فان الصلح من الدية على مال اخر جائز ه
وقال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة انما فرض عمر رضي الله عنه ذلك
قبل ان تدون الدواوين وتفرض الاعطيات فلما دونت الدواوين وفرض
الاعطيات جعلها في الدنانير والدراهم والابل وقال في شرح الطحاوي
وقيل لا اختلاف بينهم لانه ذكر في كتاب المعاقل ان الولي لو صالح على اكثر من

مائتي حلة فالفضل باطل بالإجماع فلولا أنه من جنس الدية لوجب أن يجوز ولو
صالح مع العاقلة أو مع القاتل على أكثر من عشرة آلاف درهم أو أكثر من ألف دينار أو
أكثر من مائة من الإبل أو أكثر من مائتي حلة أو أكثر من مائتي بقرة أو أكثر من ألفي شاة
فإنه لا تجوز الزيادة بالإجماع ولو صالح على خلاف جنس الدية كالحمر والبغال
والكيلي والوزني والثياب فإنه يجوز سواء كان قليلا أو كثيرا هذا إذا
كان الصلح قبل أن يقضي القاضي بجنس منه ولو أن القاضي قضى بجنس منه من الدراهم
عشرة آلاف أو ألف دينار فصالح على خلاف ذلك فإنه يجوز وإن كان كثيرا وإن
كان من جنس الدية لأن القاضي لما قضى بصنف من ذلك تعين وخرج سائر الأصناف
من الدية في حقه فصار كأنه صالح على خلاف جنس الدية ولكن القبض شرط إذا
كان المقضي دراهم فصالحه على الدنانير لأن هذا صرف والقبض في المجلس شرط
في باب الصرف إلى هنا لفظ شرح الطحاوي وقيل لا ما ذكر في كتاب المعاقل
قولهما أما عند أبي حنيفة فينبغي أن يجوز الصلح على أكثر من ذلك وإليه ذهب
شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي **قوله** قال
ودية المرأة على النصف من دية الرجل وهذه مما دعت الضرورة إلى ذكرها
في البداية ولم تذكر في الجامع الصغير ومختصر القدوري قال الكرخي
في مختصره ودية الإناث على النصف من دية الذكور وكذلك جراحهن على النصف من
جراح الذكور فيما قل من ذلك أو كثر إلى هنا لفظ الكرخي وقال
محمد في الأصل بلغنا عن علي بن أبي طالب رضي الله عنه أنه قال دية المرأة على
النصف من دية الرجل في النفس وفيما دون النفس قال وبذلك نأخذ حتى يجب في
قتل المرأة خطأ خمسة آلاف درهم وفي قطع يدها ألفان وخمسمائة درهم
وفي موضحتها مائتان وخمسون وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه ثلث الدية

وما فوقها يتنصف وما دونها لا يتنصف وبه أخذ الشافعي كذا في شرح
الكافي فعن هذا عرفت أن ما نقله صاحب الهداية بقوله وقال الشافعي
ما دون الثلث لا يتنصف هو الصحيح لا ما قاله بعضهم في شرحه والصواب
أن يقال وقال الشافعي الثلث وما دونه لا يتنصف وقول مالك وأحمد
كقول الشافعي ولنا ما روى محمد في كتاب الآثار عن أبي حنيفة قال
حدثنا حماد عن إبراهيم قال قول علي بن أبي طالب أحب إلي من قول عبد الله بن
مسعود وزيد وشريح في جراحات النساء قال محمد وبقول علي وإبراهيم نأخذ
كان علي بن أبي طالب رضي الله عنه يقول جراحات النساء على النصف من
جراحات الرجال في كل شيء وكان عبد الله بن مسعود وشريح يقولان
تستوي في السن والموضحة ثم على النصف فيما سوى ذلك وكان زيد بن
ثابت يقول يستويان إلى ثلث الدية ثم على النصف فيما سوى ذلك إلى هنا لفظ
كتاب الآثار وقال أبو يوسف في كتاب الخراج حدثنا ابن أبي ليلى
عن الشعبي قال كان علي رضي الله عنه يقول دية المرأة في الخطأ على النصف
من دية الرجل فيما دق وجل ولأن هذه أروش مقدرة فيجب أن تتنصف
بالأنوثة قياسا على الثلث وما فوقها وهذا لأن حالها أنقص من حال
الرجل ومنفعتها أقل من منفعته وقد ظهر أثر نقصان حالها ومنفعتها في النفس
بالإجماع حتى كانت ديتها نصف دية الرجل ولهذا جعلت المرأة في ميراثها
وشهادتها على النصف من الرجل فلما وجب التنصيف في النفس لنقصان حالها
وجب التنصيف في أطرافها وأجزائها لأن الدية بدل المحل فتتفاوت بتفاوت
المحل واحتج الشافعي بما روي عن زيد وسعيد قال القدوري في
شرحه وعن سعيد بن المسيب أنه قال تعاقل المرأة الرجل إلى ثلث ديتها أي تساوي

دية

قال القدوري معناه ان ما كان اقل من ثلث الدية فان الرجل والمراة فيه سوا
وقال ابن مسعود رضي الله عنه تعاقله فيما كان ارشه نصف عشر الدية
وقد روي ان ربيعة بن ابي عبد الرحمن سال سعيد بن المسيب عن رجل
قطع اصبع امراة فقال فيها عشر من الابل قال فان قطع اصبعين قال فيهما عشرون
من الابل قال فان قطع ثلثة قال فيها ثلثون من الابل قال فان قطع اربعا قال
فيها عشرون من الابل فقال ربيعة سبحان الله كلما كثر المها وزادت
مصيبتها قل ارشها فقال له اعراقي انت قال لا بل جاهل متعلم او عالم متثبت
فقال هكذا السنة قيل انه اراد بها سنة النبي صلى الله عليه وسلم كذا
في شرح الكافي يعني ان في هذا الباب حديثا مرفوعا وقال
القدوري في شرحه وانما اراد سنة زيد بن ثابت وما قاله ربيعة فهو
الحجة في المسلة لان ما قاله يودي الى ان يقل الارش بكثرة الجناية وهذا
لا يصح وقد روي اهل المدينة في ذلك حديثا لم يثبت عند ابي حنيفة وهو
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال تعاقل المراة الرجل الى ثلث ديتها واحتج
ابن مسعود رضي الله عنه بالسنة في السن الموضحة فان النبي صلى الله عليه وسلم
قضى في الجنين بالغرة وهي مقدرة بنصف عشر الدية فلم يفصل بين الذكر والانثى
فدلت على انهما متساويان فيما بلغ ارشه نصف عشر الدية قال القدوري
وهذا ليس بصحيح لانه انما لم يختلف في الجنين حكم الذكر والانثى لانه قد
تعذر الفرق بينهما لعدم تمام الخلقة فسوى بينهما لذلك قوله قال
ودية المسلم والذمي سواء اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي
في مختصره المسلم والذمي الكتابي وغير الكتابي والحربي المستامن وكل
من كانت نفسه محظورة فان دياتهم سواء وفي الاناث في جميعهن على النصف

فيما يجب في الذكور ما قل من ذلك او كثر وقال القدوري في شرحه وقال
الشافعي في دية اليهودي والنصراني اربعة الاف وفي دية المجوسي ثمان مائة درهم
وقال مالك في دية اليهودي والنصراني ستة الاف وقال
الخرقي من اصحاب احمد بن حنبل ودية الحر الكتابي نصف دية المسلم ونساؤهم
على النصف من دياتهم فان قتلوا عمدا اضعفت الدية على قاتله المسلم لازالة القود
هكذا حكم عثمن بن عفان رضي الله عنه ودية المجوسي ثمان مائة درهم ونساؤهم
على النصف من ذلك الى هنا لفظ الخرقي وجه قول مالك ما روي في
الموطا ان عمر بن عبد العزيز قضى ان دية اليهودي والنصراني اذا قتل احدهما
مثل نصف دية الحر المسلم وحدث مالك ايضا عن يحيى بن سعيد عن سليمن بن
يسار انه كان يقول دية المجوسي ثمان مائة درهم وجه قول الشافعي
ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى ان دية اليهودي والنصراني اربعة
الاف ودية المجوسي ثمان مائة درهم ولنا ما روى محمد بن الحسن في
كتاب الاثار وقال اخبرنا ابو حنيفة عن الهيثم عن ابي الهيثم ان النبي صلى الله عليه
وسلم وابا بكر وعمر وعثمن رضي الله عنهم قالوا دية المعاهد دية الحر المسلم
وقال محمد ايضا اخبرنا ابو حنيفة قال اخبرنا حماد عن ابرهيم انه قال دية
المعاهد دية الحر المسلم وقال محمد ايضا اخبرنا ابو حنيفة عن ابي العطوف
عن الزهري عن ابي بكر وعمر وعثمن رضي الله عنهم انهم جعلوا دية النصراني
ودية اليهودي مثل دية الحر المسلم قال محمد وبهذا ناخذ وكذلك
المجوسي عندنا الى هنا لفظ كتاب الاثار وقال الكرخي في مختصره حدثنا
الحضرمي قال حدثنا الحسن بن عيسى مولى ابن المبارك قال حدثنا ابن عياش ابو بكر
عن ابي سعد يعني ابن المرزبان عن عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما قال جعل

رسول الله صلى الله عليه وسلم دية العامريين دية الحر المسلم وكان لهما عهد
وروى الكرخي ايضا باسناده الى معمر عن الزهري انه قال دية المعاهد
كدية المسلم ولان الله تعالى سمى ما يجب بقتل الذمي دية كما سمى ما يجب بقتل المسلم
فدل على تساويهما حيث لم يفصل قال تعالى وان كان من قوم بينكم وبينهم
ميثاق فدية مسلمة الى اهله ولانه بدل عن متلف فيستوي فيه المسلم
والذمي كبدل الاموال والجواب عما روى الشافعي فنقول انه لم يثبت
في كتاب من كتب الحديث ولئن ثبت وعرف موضعه وراويه نحمله على انه
قضى بالثلث في سنة واحدة لان الدية توخذ في ثلاث سنين وتخصيص الذمي بالذكر
ليعلم انه مساو للمسلم في هذا الحكم وانه لا يوخذ منه الدية في سنة واحدة لكفره
قالوا انه مكلف لم يكمل سهمه في المغنم فلا تكمل ديته كالمراة قلنا فلا
يتقدر بالثلث كالاصل والمعنى في الاصل انه اعتورها نقصان نقص من جهة
القتال ونقص من جهة الخلقة فنقص القتال اوجب النقص في المغنم ونقص الخلقة صوابه الحلقة
اوجب النقص في الدية والذمي ليس فيه الا نقص واحد وهو نقص القتال لانه
لا يجوز ان يخرج الى القتال الا باذن الامام فنقص سهمه لذلك وفي الخلقة
ساوى المسلم مع تقويم الدم فلهذا تكمل ديته قالوا احد بدلي الدم فلا
يستوي فيه المسلم والمستامن او فلا يثبت للمستامن على المسلم كالقصاص
قلنا لا يمتنع ان يفترقا في القصاص ولا يستويا في الدية كالاب اذا قتل
ابنه والحر اذا قتل عبدا عندكم او نقول القصاص يسقط بالشبهة وشبهة
الاباحة قائمة في حق المستامن فلهذا لا يجب القصاص بخلاف الدية فانها تثبت
مع الشبهة

فصل فيما دون النفس

شرع يذكر حكم الدية فيما دون النفس بعد ما ذكرها في النفس لان الاطراف

تابعة للنفس فاتبع حكمها في الذكر ايضا تحقيقا للمناسبة قوله قال
في النفس الدية اي قال القدوري في مختصره وقد مر بيان الدية في النفس
في شبه العمد وغيره في الرجل والمراة في المسلم والذمي قبل هذا مع ما فيه
من الاختلاف على سبيل الاستقصاء قبل هذا الفصل وهو المراد بقوله وقد
ذكرناه وكلمة في تجيء للظرفية فيما كان معناه الاحتواء وبمعنى على
فيما كان معناه الاستعلاء كقوله تعالى في جذوع النخل وبمعنى السببية
وهو قليل نادر ذكره في بعض شروح النحو كقوله عليه السلام في اربعين
شاة شاة وما نحن فيه من هذا القبيل اي تجب الدية بسبب قتل النفس وتجب
الدية بسبب قطع المارن قوله قال وفي المارن الدية وفي اللسان
الدية وفي الذكر الدية اي قال القدوري في مختصره والمارن ما دون
قصبة الانف قال محمد في كتاب الاثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن
ابرهيم قال كل شيء من الانسان اذا لم يكن فيه الا شيء واحد فاصيب خطأ
ففيه الدية كاملة الانف واللسان والذكر والصلب وذهاب العقل واشباهه
وما كان في الانسان اثنين ففي كل واحد منهما نصف الدية اليدين والرجلين
والعينين واشباه ذلك قال محمد وبهذا كله ناخذ وقال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره الاعضاء التي يجب بكل عضو منها دية من ثلثة اعضاء
اللسان والانف والذكر فاذا استوعب الانف جدعا او قطع المارن منه
وحده وهو ما لان من الانف عن العظم ففيه الدية كاملة وكذلك اذا استوعب
اللسان او قطع منه ما يذهب بالكلام كله وكذلك الذكر اذا استوعب او قطعت
الحشفة وحدها ففيه الدية الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه
والاصل في هذا ما روى سعيد بن المسيب ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال

في النفس الدية وفي اللسان الدية وفي الذكر الدية وفي الأنف الدية وكذلك
في الكتاب الذي كتبه رسول الله صلى الله عليه وسلم لعمرو بن حزم بيانه
فيما قال محمد بن الحسن في موطأه عن مالك قال اخبرنا عبد الله بن ابي بكر ان
اباه اخبره عن الكتاب الذي كان رسول الله صلى الله عليه وسلم كتبه لعمرو بن
حزم في العقول فكتب ان في النفس مائة من الابل وفي الأنف اذا اوعب جدعا
مائة من الابل وفي الجائفة ثلث النفس وفي المأمومة مثلها وفي العين خمسين وفي
اليد خمسين من الابل وفي الرجل خمسين وفي كل اصبع مما هنالك عشر من الابل وفي
السن خمس من الابل وفي الموضحة خمس من الابل قال محمد وبهذا كله نأخذ
وهو قول ابي حنيفة والعامة ثم الأصل في قطع طرف من اطراف الآدمي
ان ننظر فيه ان فوت به جنس منفعة على الكمال او ازال جمالا مقصودا في الآدمي
على الكمال تجب به كل الدية لانه متى فعل هكذا فقد اتلف النفس من وجه فان النفس لا
تبقى منتفعا بها من ذلك الوجه فصار متلفا للنفس من وجه والشرع الحق
الاتلاف من وجه بالاتلاف من كل وجه في الآدمي تعظيما له عرفنا ذلك بقضاء رسول
الله صلى الله عليه وسلم بالدية في اللسان والأنف فقسنا غيره عليه اذ كان في معناه
اذا ثبت هذا نقول في الأنف الدية لانه ازال جمالا على الكمال لان كل جمال
الوجه فيه وانه معنى مطلوب في الآدمي فصار النفس باعتباره كالهالك من وجه
ولو قطع المارن دون القصبة هكذا وكذلك اذا قطع الارنبة لان الجمال قائم بها
فيفوت بفواتها ولو قطع المارن مع القصبة لا يزاد على دية واحدة لانها عضو واحد
وكذلك اللسان لانه يتعلق به منفعة مقصودة وهو منفعة التكلم والنطق
فان الآدمي لا يفارق البهيمة الا بالنطق ولانه لا يقدر على اقامة مصالحه
الا باتمام اغراضه من اغياره فاذا فات هذا صار النفس كالهالك في هذا النوع من

المنفعة ه وفي قطع بعضه اذا منع من الكلام الدية لان الدية انما تجب بتفويت المنفعة
لا بتفويت صورة الآلة ولو قدر على التكلم ببعض الحروف اختلف المشايخ فيه
قال بعضهم يقسم على عدد الحروف فما قدر عليه لا يجب فيه شيء وبقدر ما لا يقدر
عليه يجب وقال بعضهم يقسم على عدد الحروف التي تتعلق باللسان وفسره
القدوري بقوله وهذا ينبغي ان يعتبر بالحروف التي تفتقر الى اللسان فاما
ما لا يفتقر الى اللسان كالباء والهاء فلا يدخل في القسمة وقال بعضهم ان قدر
على اداء اكثر الحروف يجب فيه حكومة عدل لانه يحصل الافهام به مع ضرب خلل
وان عجز عن اكثره يجب كل الدية لان الظاهر انه لا يحصل به منفعة الكلام كذا
في شرح الكافي ونقل الناطفي في الأجناس عن جنايات الحسن ان في
ارنبة الأنف حكومة عدل ونقل ايضا عن نوادر ابن رستم انه لو ضرب
على الأنف حتى ذهب شمه فيه حكومة ثم الحروف التي تتعلق باللسان هي الالف
والتاء والثاء والجيم والدال والذال والراء والزاي والسين والشين والصاد
والضاد والطاء والظاء واللام والنون فاذا لم يمكنه اتيان حرف منها يلزمه
حصته من الدية من جملة حروف اللسان فاما الهوائية والحلقية والشفوية
فلا تدخل في القسمة وفي الذكر الدية لانه تتعلق به جنس منفعة مقصودة وهي منفعة
الايلاد والايلاج الذي هو طريق الاعلاق عادة وفي الحشفة الدية كاملة لانها
هي الأصل في الذكر في منفعة الايلاج والدفق والقصبة كالتابع قال في شرح
الكافي وفي الانثيين الدية وفي احديهما نصف الدية لانه يفوت بفوتهما جنس منفعة
وهو منفعة الاعلاق لانه ينقطع به ماؤه وهو منفعة مقصودة لما يتعلق به من بقاء
نسله ولو قطع الانثيين مع الذكر قالوا اذا قطع الكل برفعة يجب ديتان لانه
قطع عضوين يتعلق بكل واحد منهما جنس منفعة فالذكر منفعة الايلاج وبالانثيين

منفعة الايلاد ولو قطعهما بدفعتين ان قطع الذكر اولا ثم الانثيين تجب ديتان
ايضا لانه بقي الانثيان منتفعا بهما بعد قطع الذكر ولو قطع الانثيين اولا ثم الذكر
تجب في الانثيين الدية وفي الذكر حكومة عدل فصار كذكر الخصي والعنين
وقال في شرح الطحاوي كل ما كان في النفس منه زوج ففي احدهما نصف
الدية وفي كليهما الدية كاملة كاليدين والرجلين والاذنين والحاجبين والعينين
والشفتين وكل ما كان عشرا ففي واحده عشر الدية وفي الجميع الدية كاملة
كاصابع اليدين والرجلين في كل اصبع في الرجل الف درهم وفي المراة خمسماية درهم
وكل ما كان في النفس اربعا ففي واحدة ربع الدية كالاشفار وكل ما كان في
النفس واحدة تجب الدية كاملة كما اذا قطع الزوج تجب الدية كاملة او ذهب
بصره او ذهب سمعه **قوله** لعمرو بن حزم ه هو من الخزرج ويكنى
ابا الضحاك استعمله رسول الله صلى الله عليه وسلم على نجران اليمن وهو يومئذ
ابن سبع عشرة سنة فخرج مع وفدهم يفقههم ويعلمهم السنة ومعالم الاسلام ويأخذ
منهم صدقاتهم وكتب اليه كتابا عهد اليه فيه وامره بامره كتابا مشهورا عند اهل
العلم وتوفي رسول الله صلى الله عليه وسلم وعامله على نجران عمرو بن حزم
الانصاري وبقي عمرو بن حزم حتى ادرك بيعة معاوية بن ابي سفين لابنه يزيد
ومات بعد ذلك بالمدينة كذا ذكر محمد بن سعد في كتاب الطبقات الكبير
الكتاب الذي كتبه له رسول الله صلى الله عليه وسلم مذكور بطوله في معجم
ابن شاهين وقد ذكر شيء من ذلك في الموطأ وقد تقدم وفيه كفاية ان شاء الله
تعالى قال في الجمهرة وغيرها من دواوين اللغة ارنبة الانف طرفه ه
قوله قال وفي العقل اذا ذهب بالضرب الدية يعني اذا ضرب راسه فذهب
عقله تجب فيه الدية وهذه من مسائل القدوري قال الشيخ ابو الحسن

له

الكرخي في مختصره في النفس الدية وكذلك العقل والسمع والبصر والشم والذوق
والكلام الى هنا لفظ الكرخي في مختصره رحمه الله والاصل في ذلك ما
ذكر القدوري في شرحه ان عمر رضي الله عنه قضى في رجل باربع ديات ضرب
على راسه فذهب عقله وكلامه وبصره وسمعه ولان العقل يبطل بفواته
منافع كل الاعضاء الا ترى ان افعال المجنون تجري مجرى افعال البهائم
فكانه اتلفه ه واما السمع فلانها منفعة ليس لها نظير في البدن وفيها الدية
كالعقل واما البصر فقد دل عليه قول رسول الله صلى الله عليه وسلم وفي
العينين الدية ه واما الشم والذوق فلان لكل واحد منهما منفعة لا
نظير لها في البدن واما الكلام اذا ذهب ولم يقطع اللسان ففيه الدية لان
فوات منفعة العضو الذي يقصد به المنفعة كفوات العضو الا ترى انه لا فرق
بين قلع العين وذهاب ضوئها وبين قطع اليد وبين جفافها كذا ذكر القدوري
رحمه الله وقال في شرح الطحاوي فان اختلفا في ذهاب البصر فانه يلقى بين يديه
حية فان ذهب منها علم انه لم يذهب بصره وقال محمد في الاصل في البصر
ينظر اليه اهل ذلك العلم وقال في السمع يستغفل وينادى فان اجاب علم انه لم يذهب
سمعه وحكي ان امراة ضرب راسها فخاصمت الضارب عند القاضي وادعت
ذهاب سمعها فقال القاضي في حال غفلتها استري عورتك فتغفلت فجعلت تضم
ثيابها فعلم القاضي انها كاذبة ولو كان عمدا لا يجب القصاص لانه لا تمكن
المماثلة بينهما لانه لا يمكنه ان يضربه ضربا يذهب السمع او العقل فتجب الدية
في ماله الا في البصر فانه يجب القصاص فيه يقرب اليه مرآة محماة فيذهب بصره
كذا في شرح الطحاوي وطريق معرفة ذهاب الشم ان يوضع بين يديه ماله
رائحة كريهة فان تنفر عن ذلك علم انه لم يذهب شمه وقال في خلاصة

القتادي في معرفة ذهاب البصر وقال ابن مقاتل يستقبل عين الشمس مفتوحة
العين ان دمعت عينه علم ان الضوء باق وان لم تعلم بذلك يعتبر في ذلك الدعوى
والانكار والقول قول الضارب مع يمينه على البتات وذلك لانه يمين على
الانكار على فعل نفسه **قوله** في معاشه اي في دنياه ومعاده
اي آخرته يعني لان الانسان لا ينتفع بنفسه في الدنيا ولا آخرة الا بواسطة
العقل لانه يكتسب منافع الدارين به **قوله** لان لكل واحد منها منفعة
مقصودة اي من السمع والبصر والشم والذوق فلما كانت هذه الاشياء كل واحد
منها منفعة مقصودة ليس بعضها تبع للبعض وجب في كل منها دية كاملة بخلاف
قتل النفس خطأ حيث لا تجب فيه الا دية واحدة لان هذه الاشياء تبع للنفس
قوله قال وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه وفي شعر الراس الدية وقال صاحب الهداية وقال
مالك وهو قول الشافعي يجب فيها حكومة عدل اي في اللحية وشعر الراس
اذا حلقا فلم ينبتا وقول احمد كقولنا وقال اصحابنا في شعر راس
الحر الدية وكذلك في شعر المراة وكذلك في اللحية وأما شعر الصدر ولحية
العبد فذكر في الاصل ان فيها حكومة وروى الحسن عن ابي حنيفة
ان فيه القيمة وقال الشافعي في جميع ذلك الحكومة كذا ذكر القدوري
في شرحه وجه قول مالك والشافعي انه لا يتعلق بذلك منفعة
مقصودة لان اللحية وشعر الراس زيادة في الآدمي ولهذا يحلق الراس عادة
وفي بعض الديار يحلقون بعض اللحية ولو كان جمالا لم يحلقوا وقد يكون عدم
اللحية جمالا في بعض الاحوال واهل الجنة كلهم جرد مرد فلو كان ذلك من
جملة الجمال الاصلي لكان اهل الجنة اولى به ولنا ما روي اصحابنا في

كتبهم ان عليا رضي الله عنه قضى في الراس اذا حلق ولم ينبت بكمال الدية وكذلك
قضى في اللحية اذا حلقت ولم تنبت بكمال الدية وقال محمد في كتاب
الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن الهيثم بن ابي الهيثم عن علي بن ابي طالب رضي
الله عنه في الرجل يحلق لحية الرجل فلا تنبت قال عليه الدية ولانه
ازال جمالا على الكمال في اللحية فان اللحية تعد جمالا في الرجال وروي
عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال ان لله تعالى ملائكة تسبيحهم سبحان
من زين الرجال باللحا والنساء بالذوايب والدليل على ان اللحية جمال
ان الرجل اذا بلغ حد الكهولة والشيخوخة ولم تنبت له اللحية يسمج في
الاعين وانما لا يسمج في حالة الطراوة والصغر وأما في حالة الصور والكبر فلا
شك انه يعد شينا وفي الراس اذا حلق ولم ينبت على وجه يظهر فيه القرع يعد
شينا عظيما بينا فان القرع عيب عظيم في الناس ولهذا يتكلف الاقرع
في ستر راسه كما يتكلف بستر سائر عيوبه كذا في شرح الكافي وأما لحية
العبد فقال القدوري في شرحه ان قلنا برواية الحسن سوينا بينهما لان
القيمة في العبد كالدية في الاحرار وان قلنا بالرواية الاخرى فلان المقصود
من العبد الخدمة وليس المقصود منه الجمال فلذلك لم يجب كمال القيمة بفوات
الجمال وقال في الاجناس نقلا عن نوادر ابي يوسف رواية ابن سماعة
في قياس قول ابي حنيفة في لحية العبد ما نقصه ولو حلق بعض اللحية ولم ينبت
قال بعضهم يجب فيه حكومة العدل قال في شرح الكافي والصحيح
انه يجب فيه كل الدية لان هذا في الشين فوق ما لا لحية له اصلا وكان
ابو جعفر الهندواني يقول في اللحية انما يجب بها كمال الدية اذا كانت لحية كاملة
يتجمل بها وأما اذا كانت طاقات متفرقة لا يتجمل بها فلا شيء فيها وان كانت

عشر مستوفرة ولا يقع بها جمال كامل وليست مما يشين ففيهما حكومة ه وذكر
في المنتقى ان في لحية الشنوط حكومة وان كانت قد استوت الا انها رقيقة
فيها الدية كذا ذكر القدوري في شرحه ه ولو حلق فنبت ابيض ان كان
في اوانه لا يجب شيء وان كان في غير اوانه اختلف مشايخنا فيه والصحيح
انه تجب فيه حكومة عدل لانه ليس بعضو مفرد بل هو تابع للحية فصار بمنزلة
طرف من اطرافه كذا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي وقال في شرح الطحاوي ولو حلق راسه فنبت ابيض والرجل شاب
قال ابو حنيفة في الحر لا يجب شيء وفي العبد يجب النقصان وقالا تجب الحكومة في
الحر والعبد وقال في الواقعات في باب الديات بعلامة النون رجل
حلق لحية رجل فان كانت لحيته متصلة او خفيفة او رقيقة او كثيفة ففيه الدية
ان لم تنبت وان كان كوسجا فعليه فيها حكومة عدل بعد ما ينتظر سنة فلم تنبت
لانه ازال نوع منفعة مقصودة وهو الجمال فان كان ذلك عمدا ففي ماله لان
العاقلة لا تعقل العمد وان كان خطاء فعلى عاقلته كما في قتل الخطاء والعمد
وقال ابو الحسن الكرخي في مختصره وهذا في الذكور والاناث سواء
وقال القدوري في شرحه وانما اراد بها العقل والسمع والبصر وشعر الراس
فاما المراة فلا تتصور ان تكون للمراة الاطاقات تشينها قوله وفي
الشارب حكومة عدل ونقل الناطفي في الاجناس عن جنايات الحسن
اذا حلق الشارب ولم ينبت فيه حكومة عدل قوله ويستوي العمد
والخطاء يعني كما انه لا يجب القصاص في حلق اللحية وشعر الراس والشارب خطاء
لا يجب القصاص في ذلك اذا كان عمدا لعدم امكان المماثلة لانه لا يمكن حلق
لحية الجاني وشعر راسه وشاربه على وجه لا ينبت بل تجب الدية في اللحية وشعر

الراس وحكومة العدل في الشارب قال في تحفة الفقهاء وفي حلق
اللحية والراس والحاجب والشارب اذا لم ينبت لا يجب القصاص وروي في
النوادر انه يجب وقال في خلاصة الفتاوى ولو مات المحلوق والمنتوف
قبل الحول اذا لم ينبت فلا شيء عليه عند ابي حنيفة وقالا فيه حكومة عدل وفي
شعر ذنب الفرس وشعر الكتف يقوم مع الشعر وبغير الشعر يجب النقصان ه
قوله على هذا الجمهور ه احتراز عن رواية النوادر قوله وفي
الحاجبين الدية وفي احدهما نصف الدية وهذه من مسائل المختصر يعني
ان الحاجبين اذا حلقا او نتفا فلم ينبتا تجب الدية لانه ازال جمالا على الكمال
وعند الشافعي تجب حكومة العدل لانه لا يوجب الدية في الشعر ولا
يجب القصاص بالاتفاق لانه لا قصاص في الشعر قوله وتقدم الكلام
فيه في اللحية ه اي عند قوله وفي اللحية اذا حلقت فلم تنبت الدية قوله
قال وفي العينين الدية وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الشفتين الدية
وفي الاذنين الدية وفي الانثيين الدية ه اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه وفي ثديي المراة الدية وفي كل واحد من هذه الاشياء نصف الدية
والاصل في ذلك ان كل عضو لا نظير له في البدن ففيه الدية وقد مر ذلك
وهي ثلاثة اعضاء الانف واللسان والذكر وكل ما كان في البدن اثنين ففيهما
الدية والنصف في احدهما قال الحاكم الشهيد في الكافي وفي العينين الدية
كاملة وفي احديهما نصف الدية ان انخسفت او ذهب بصرها وهي قائمة او ابيضت
حتى يذهب البصر لانه لما لم يبق البصر منتفعا فقد فات جنس منفعة مقصودة فيجب
الدية كاملة وقد عرفت قبل هذا في باب القصاص فيما دون النفس ان العين
اذا قورت عمدا لا يجب فيها القصاص وانما يجب القصاص اذا ذهب البصر ه

قال القدوري في شرحه والأصل في ذلك ما روي في حديث سعيد بن
المسيب أن النبي صلى الله عليه وسلم قال وفي العينين الدية وفي الأذنين الدية
وفي اليدين الدية وفي الرجلين الدية وفي الأنف الدية وفي اللسان الدية
وفي الذكر الدية وفي الشفتين الدية وفي الكتاب الذي كتبه النبي صلى الله عليه
وسلم لعمرو بن حزم وفي النفس الدية وفي الأنف الدية وفي اللسان الدية
وفي العينين الدية وفي إحديهما النصف وقال الكرخي في مختصره وسوا
ذهب بالجناية نور البصر دون الشحمة أو ذهب معه الشحمة وذلك لأن تلف
منفعة العضو كتلف نفس العضو والمقصود من الشحمة النظر فإذا ذهب فالشحمة تابعة
وقال الكرخي أيضا وسواء قطع أصابع اليد دون الكف أو الكف وفيها
الأصابع وكذلك الرجل لأن الكف والقدم يتبع الأصابع وكذلك إن قطع
الحلمة من ثديي المرأة وحدها أو قطع الثدي وفيها الحلمة ففيه نصف الدية
للحلمة والثدي تبع وسواء كان ذلك بضربة أو ضربتين إذا كان ذلك قبل
البرء من الأول إلى هنا لفظ الكرخي وذلك لأن الجناية لا تستقر قبل
البرء فإذا تبعتها الجناية الثانية قبل استقرارها فكأنما وقعتا معا ه وقال
القدوري في شرحه وفي الشفتين الدية عندنا لأنهما من جملة ما في البدن منه
اثنان فهما كالعينين واليدين والعليا والسفلى سواء وهو قول جماعة من
الصحابة رضي الله عنهم وقال زيد بن ثابت رضي الله عنه في السفلى الثلثان
وفي العليا الثلث لأن السفلى فيها جمال ومنفعة لأنها تحبس الريق وبقية الصحابة
رضوان الله عليهم لم يفصلوا وقال مثل قولنا أيضا شريح وإبراهيم وجماعة
من التابعين قوله لما بينا في الموضعين ه إشارة إلى قوله ولأن في تفويت
الاثنين من هذه الأشياء تفويت جنس المنفعة أو كمال الجمال فيجب كمال الدية وفي تفويت

أحدهما تفويت النصف فيجب نصف الدية قوله بخلاف ثديي الرجال ه من جمع
ثدي قال أبو الحسن الكرخي في مختصره وفي ثديي الرجل حكومة عدل
وفي أحدهما نصف ذلك الحكم وفي حلمة ثديه حكم عدل دون ذلك وهذا قول
أبي حنيفة إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لأن ثديي الرجل لا منفعة فيه
ولا زينة كاملة ألا ترى أنه ليس بظاهر فلم يتقدر أرشه فوجبت فيه
الحكومة قوله وفي حلمتي المرأة الدية كاملة ه ذكره تفريعا على مسألة
المختصر قال الحاكم الشهيد في الكافي وفي حلمتي المرأة الدية كاملة
وفي إحديهما نصف الدية ولأن منفعة الإرضاع تقوم بها لأنه إذا لم يكن ذلك
لثديها حلمة يتعذر على الصبي التقامها عند الارتضاع والصغيرة والكبيرة
في ذلك سواء لأنه بعرض الانتفاع كذا في شرح الكافي وحلمتا الثدي الناتئتان
في طرفه وهما القرادان كذا في الجمهرة قوله قال وفي أشفار العينين
الدية وفي أحدها ربع الدية وفي الاثنين نصف الدية وفي الثلاثة ثلاثة
أرباع الدية هذا كله إذا لم ينبت الشعر وكذلك إن قطع الجفن واللحم وفيه الشعر
فهو سواء اللحم يتبع الشعر مثل الكفين والقدمين تبع للأصابع في اليدين والرجلين
والمرأة والرجل في ذلك كله سواء إلا أن الذي يجب في المرأة مثل نصف ما يجب
في الرجل إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال محمد في الأصل وفي أشفار
العينين الدية إذا لم تنبت وفي كل شفر ربع الدية والأشفار كلها سواء وأراد
محمد بالأشفار الأهداب مجازا للمجاورة بدليل قوله إذا لم تنبت لأن
الشعر هو الذي ينبت لا هو موضع نبات الهدب ه وإنما قلنا هذا دفعا لظن بعضهم الشعر الذي
أن محمدا غلط لأنه استعمل الشفر في مقام الهدب ومثل هذا لا يسمى
غلطا لأن المجاز شائع في كلام العرب لا ينكره إلا من لا مس له من العلوم

وانما وجب في كلها الدية لان الاهداب جمال معتبر ومنها منفعة دفع الاذى
والقذى عن العين ثم الاشفار اربعة في البدن ففي جميعها الدية لانه
لا نظير لجملتها في البدن فتنقسم الدية على عددها فيجب في كل واحد منها الربع
كما تنقسم الدية على اليدين وكذلك ان قطع الجفن اللحمي منه وفيه الشعر فهو سواء
واللحم تبع للشعر مثل القدمين والكفين مع الاصابع وذلك لان الجمال
والمنفعة بالشعر واللحم تبع له كالكف مع الاصابع وقال في شرح الكافي
وكذلك اذا قطعت الجفون بالاشفار لان الاشفار مع الجفون شيء واحد
فصار كالمارن مع القصبة وقال في التحفة اذا قطع الاجفان التي لا اشفار
لها تجب حكومة العدل قوله يحتمل ان يراد الاهداب مجازا اي يراد
القدوري في مختصره كما ذكر محمد في الاصل لانه قال وفي اشفار العينين
الدية اذا لم تنبت واراد بها الاهداب مجازا وقد مر بيانه آنفا وكلام القدوري
مطلق لانه لم يقيد بقوله اذا لم تنبت فيحتمل الحقيقة والمجاز جميعا والحكم في
الكل واحد وقال في شرح الطحاوي ولو قطع المارن ثم الانف ان كان
قبل البرء فكذلك يعني تجب الدية لا غير وان كان بعد البرء تجب الدية في
المارن والحكومة في الانف وكذلك الجفن مع الاشفار وقال فيه
ايضا وفي الاشفار اذا لم تنبت لا قصاص لانه شعر ولا قصاص في الشعر يريد
انه لا قصاص فيها في العمد بل تجب الدية قوله كالراوية للقربة
وهي حقيقة في البعير قال في الجمهرة البعير الذي يحمل عليه الماء الراوية
وكثر ذلك حتى سموا المزادة راوية يعني للمجاورة كما سمي المطر سماء قوله
قال والاصابع كلها سواء اي قال القدوري في مختصره وهذا مذهب
علي وعبد الله بن عباس رضي الله عنهم واصابع اليدين والرجلين سواء والصغير والكبير

سواء لاطلاق الحديث وهو ما روي في الموطأ في حديث عمرو بن حزم ان
النبي صلى الله عليه وسلم قال في كل اصبع عشر من الابل لان الاصابع سواء في
اصل المنفعة وهو البطش في اليد والمشي في الرجل والكف والقدم تابع فلا
تعتبر زيادة المنفعة في البعض كاليمين مع الشمال ولهذا قال عبد الله بن
عباس رضي الله عنهما هذه وهذه سواء وعند عمر رضي الله عنه تجب الدية
في الاصابع على التفاوت في الخنصر ست من الابل وفي البنصر تسع وفي الوسطى
والسبابة عشر وفي الابهام خمسة عشر كذا في شرح الكافي والصحيح
ما ذهب اليه العامة لاطلاق الحديث وقيل ان عمر رضي الله عنه
رجع عن قوله لما بلغه الخبر كذا ذكر القدوري في شرحه قوله
قال وفي كل اصبع فيها ثلاث مفاصل ففي احدها ثلث دية الاصبع وما فيه
مفصلان ففي احدهما نصف دية الاصبع اي قال القدوري في مختصره وذلك
لان الدية تنقسم على عدد ما في البدن من الاعضاء التي لا نظير لها فعلى هذا
ينقسم ما في اليد الواحدة من الدية وهو نصف الدية على ما فيها من الاصابع
ثم ينقسم ما يجب في كل اصبع على ما فيها من المفاصل وهو عشر الدية فيجب في
احد المفصلين نصف دية الاصبع ويجب في احد المفاصل الثلاثة ثلث دية الاصبع
اعتبارا بانقسام دية اليدين والرجلين على الاصابع قوله قال وفي كل
سن خمس من الابل اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والاسنان
والاضراس كلها سواء وكان من حق الكلام ان يقال والاسنان كلها سواء
بلا ذكر الاضراس او يقال والانياب والاضراس سواء لان الضرس داخل تحت
السن لان السن يشمله والعطف يوهم المغايرة بين السن والضرس ولهذا اتى
الكرخي في مختصره وفي كل سن خمس من الابل اذا سقطت وهي في ذلك سواء

المقدم والمؤخر والاضراس والانياب والثنايا لا تختلف عقلهن الى هنا لفظ
الكرخي وذلك لما روي قبل هذا في حديث عمرو بن حزم وفي السن
خمس من الابل وجه الاستدلال ان الحديث مطلق لم يفصل بين سن وسن
فان قيل لو قلنا بذلك نزيد على دية واحدة اذا اتلف كل الاسنان لانها
في الغالب اثنان وثلثون سنا وفي اتلاف كلها اتلاف النفس من وجه لتفويت
جنس المنفعة لانها تصير كالهالكة معنى وحكم الاتلاف من وجه لا يجوز ان
يزيد على الاتلاف من كل وجه قلنا هذا ثابت بخلاف القياس بالنص فلا يرد
السؤال وقيمة كل بعير مائة درهم الا ترى الى ما قال في شرح الطحاوي
وفي كل سن نصف عشر الدية خمسماية درهم ٥ ومن ضرب رجلا حتى سقطت اسنانه
كلها وهي اثنان وثلثون سنا منها عشرون ضرسا واربعة انياب واربع ثنايا
واربع ضواحك كانت عليه دية وثلثة اخماس الدية وهي من الدراهم ستة عشر
الف درهم من ذلك في السنة الاولى ثلثا الدية لان الدية كلها تجب في ثلاث سنين
في كل سنة ثلث وتجب ثلثة اخماس الدية وهي ستة الاف في سنتين في السنة
الاولى منها ثلث الدية والباقي في السنة الثانية فلذلك لزم الجاني في السنة
الاولى ثلثا الدية الثلث من الدية الكاملة والثلث الاخر من ثلثة اخماس الدية
وعليه في السنة الثانية ثلث الدية وما بقي من ثلثة اخماس الدية وعليه في السنة
الثالثة ثلث الدية الكاملة وهو الباقي عليه وقال في خلاصة الفتاوي
لو ضرب سن رجل حتى تحركت وسقطت ان كان خطأ تجب خمسماية على العاقلة ٥
وان كان عمدا يقتص وقال في الفتاوي الصغرى اذا قلع سن البالغ لا
يستاني لان النبات بعد البلوغ نادر ولو قلع سن الصبي يستاني حولا لان النبات
ليس بنادر ومع هذا لو قلع سن البالغ ثم نبتت لا شيء عليه وقال صاحب

خلاصة الفتاوي وفي الزيادات في كتاب البيوع اشارة الى انه يؤجل في البالغ ٥
وفي نسخة الامام السرخسي يستاني حولا في الكبير الذي لا يرجى نباته في الكسر
والقلع وهكذا في شرح الشافي وهكذا في المنتقى قال وبالاول يفتى انه
لا يؤجل وقال القدوري في شرحه وقد حكي عن بعض الناس انه قال الارش
الطواحين يزيد على ارش الضواحك وظاهر الخبر يقتضي خلاف ذلك ثم وجوب
الدية في السن في الخطاء لانه يجب القصاص في العمد وقد مر بيان ذلك في كتاب
الجنايات ولو اسودت السن او اصفرت يجي بيان ذلك في فصل بعد فصل الشجا ج
قوله قال ومن ضرب عضوا فاذهب منفعته ففيه دية كاملة كاليد
اذا شلت والعين اذا ذهب ضوؤها بالضرب ٥ اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان فوات منفعة العضو الذي يقصد منه تلك المنفعة لفوات ذلك
العضو فصار العضو كالهالك معنى فتجب الدية كاملة بفوات المنفعة المقصودة
وان لم يفت العضو صورة كما تجب الدية لو هلك العضو بالضرب وهذا كما
لو ضرب يده فشلت وضرب عينه فذهب ضوؤها وضرب لسانه فذهب كلامه
وضرب اذنه فذهب سمعه قوله لان المتعلق تفويت جنس المنفعة لا فوات
الصورة وهو بفتح اللام ٥ اي المعنى الذي هو مناط حكم الدية هو تفويت جنس المنفعة
ولا اثر لفوات صورة العضو في ذلك ولهذا لا تلزم الدية بمجرد تفويت
الصورة اذا لم يكن ثمة تفويت جنس المنفعة كما في لسان الاخرس وذكر الخصي
والعنين والسن السوداء والعين القائمة الذاهبة ضوؤها بل تجب في ذلك حكومة
عدل لان المقصود منها المنفعة ولا منفعة في هذه الاشياء فاذا عدمت المنفعة
لم يتعلق ارشها وصارت كما لا منفعة فيه من الاجزاء ولا يقال كما تلزم الدية
بتفويت جنس المنفعة تلزم بتفويت الجمال وفي الاشياء المذكورة تفويت الزينة فينبغي

ان يلزم الدية فيهما لانا نقول الزينة تبع للمنفعة في الاشياء التي يقصد
منها المنفعة فلا يتقدر الارش لاجلها ولان الزينة فيهما ليست بكاملة الا ترى
ان العين القائمة الذاهب ضوؤها يتجمل بها الانسان عند من لا يعرف حالها فاما
عند من يعرف حالها فلا جمال فيهما واذا لم تكمل الزينة لم يكمل الارش بل وجب الحكومة
فافهمه كي تستريح عن تطويل بعضهم في شرحه في هذا المقام قوله ومن
ضرب صلب غيره فانقطع ماؤه تجب الدية ذكره تفريعا على مسئلة المختصر يعني
اذا ضرب ظهر الرجل فصار بحيث لا ينزل تجب الدية كاملة لانه فوت عليه جنس
المنفعة وهو النسل وكذلك اذا ضرب ظهره فحدب من ذلك تجب الدية لانه
ازال الجمال على الكمال وهو استواء القامة فلو زالت الحدوبة وعاد الى حاله
ولم يبق اثر الضرب لا شيء عليه ولو بقي اثر الضربة بعد زوال الحدوبة يلزم فيه
حكومة عدل لانه زال المعنى الذي يجب به كل الدية كذا في شرح الكافي

فصل في الشجاج

لما كان الشجاج مما دون النفس ذكرها عقيبها ولكن ذكر في فصل على حدة
لكثرة اساميها واختلاف احكامها لان في بعضها القصاص ان كان عمدا
وفي بعضها الديات وفي بعضها حكومة عدل وسيجيء بيان ذلك بعد هذا
قوله قال الشجاج عشرة اي قال القدوري في مختصره وهي الحارصة
بالحاء والصاد المهملتين ثم الدامعة بالعين المهملة ثم الدامية ثم الباضعة ثم
المتلاحمة ثم السمحاق ثم الموضحة ثم الهاشمة ثم المنقلة ثم الآمة قال
القدوري في شرحه الشجاج منها الحارصة وهي التي تشق الجلد ومنه قولهم
حرص القصار الثوب اذا خرقه في الدق وبعدها الدامعة وهي التي يخرج منها ما
يشبه الدمع وبعدها الدامية وهي التي يخرج منها الدم ومنها الباضعة وهي التي تبضع

اللحم اي تقطعه وبعدها المتلاحمة وهي التي تذهب في اللحم اكثر مما تذهب الباضعة
هكذا روي عن ابي يوسف وقال محمد المتلاحمة قبل الباضعة وهي
التي يتلاحم فيها الدم ويسود وبعدها السمحاق وهي التي تصل الى جلدة رقيقة فوق
العظم وتلك الجلدة تسمى السمحاق ومنه قيل للغيم الرقيق سماحيق ثم الموضحة وهي
التي توضح عن العظم ثم الهاشمة وهي التي تهشم العظم ثم المنقلة وهي التي تخرج منها
العظم اي تنقل العظم بعد الكسر اي تحوله من موضع الى موضع ثم الآمة وهي
التي تصل الى ام الدماغ وهي جلدة تحت العظم فوق الدماغ ثم الدامغة وهي
التي تخرج الجلدة وتصل الى الدماغ قال القدوري فهذه احدى عشرة شجة
لم يذكر فيها محمد الحارصة ولا الدامعة لان الحارصة لا يبقى لها اثر في الغالب والشجة
التي لا اثر لها في الغالب لا حكم لها ولم يذكر الدامغة لان الانسان لا يعيش معها
فلا معنى لاثبات حكم الشجاج فيها وما سوى ذلك فالحكم فيه مختلف فان كان
عمدا ففي الموضحة القصاص في قولهم لانه يمكن استيفاء المماثلة فيه القصاص فيها
لانه ينتهي بالسكين الى العظم واذا امكن استيفاء المماثلة وجب وما بعد
الموضحة لا قصاص فيه في قولهم لانه لا يمكن استيفاء المماثلة فيه الا ترى
ان الهاشمة تكسر العظم واذا كسر العظم لم نعلم انا ننتهي الى المستحق وكذلك
المنقلة واما الآمة فلا باس ان ينتهي بها الى الدماغ واذا تعذرت المماثلة
سقط القصاص واما ما قبل الموضحة فذكر محمد في الاصل ان فيه القصاص
وروى الحسن عن ابي حنيفة ان لا قصاص الا في الموضحة وجه رواية
الحسن ان ما دون الموضحة لا حد فيه ينتهي السكين اليه فلا يمكن استيفاء المما ثلة
ووجه رواية الاصل انه يمكن تقدير غور الجراحة بمسبار ثم تتخذ حديدة
فيستوفي مثلها واما اذا كانت خطاء سقط القصاص فيهما على احد الروايتين

فيما قبل الموضحة وعلى الروايات كلها فيما بعدها وفيما قبل الموضحة حكم عدل ه وقد
روي عن عمر بن عبد العزيز انه قال ما قبل الموضحة خدوش فيها حكم عدل
وكذلك عن النخعي وقال الشعبي ما دون الموضحة فيها اجرة الطبيب لانه
لم يرد في الشرع لذلك ارش مقدر فوجب فيه ارش النقصان كذا ذكر القدوري
في شرحه قوله قال وفي الموضحة القصاص ان كانت عمدا ه اي قال القدوري
في مختصره وذلك لانه يمكن فيها المماثلة فصار كقطع اليد من المفصل قوله
قال ولا قصاص في بقية الشجاج ه اي قال القدوري في مختصره وذلك لعدم
امكان المماثلة وقد ذكرنا قبل هذا اختلاف الروايتين في وجوب القصاص فيما
قبل الموضحة والذي اختاره القدوري هو رواية الحسن قوله وقال
محمد في الاصل وهو ظاهر الرواية انه يجب القصاص فيما قبل الموضحة ه اي قبل
الموضحة ذكرا ودون الموضحة اثرا وشجا وهي ما ذكر في ديات الاصل ان في موضحة
الوجه والراس في الدامية والدامعة والباضعة والمتلاحمة والسمحاق قصاصا
في العمد واما في الهاشمة والمنقلة والآمة لا قصاص ذكره في ديات الاصل ونقل في
الاجناس عن نوادر ابن رستم قال محمد القصاص واجب في الهاشمة لان
الراس صلب ولا قصاص في السمحاق لانه لا يستطاع الوقف عندها وفرق
بينهما بهذا واتفقت الرواية في وجوب القصاص في الموضحة وسقوطها في الآمة
الى هنا لفظ الاجناس قوله فيسبر غورها بمسبار ه يقال سبرت
الجرح اسبره اذا نظرت ما غوره والمسبار ما يسبر به الجرح والسبار مثله وكل امر
رزته فقد سبرته واستبرته كذا في الصحاح قوله قال وفيما دون الموضحة
حكومة عدل ه اي فيما دون الموضحة من حيث الاثر وقبل الموضحة من حيث الذكر وهي
من الحارصة الى السمحاق هذا على رواية الحسن لانه لا قصاص في غير الموضحة

على تلك الرواية بخلاف رواية الاصل حيث يجب القصاص فيما قبل الموضحة فلما لم
يجب القصاص على تلك الرواية قال يجب فيها حكومة عدل فيما قبل الموضحة كذا
روي عن ابرهيم النخعي وعمر بن عبد العزيز وقد مر آنفا قوله قال وفي
الموضحة ان كانت خطا نصف عشر الدية وفي الهاشمة عشر الدية وفي المنقلة عشر
الدية ونصف عشر وفي الآمة ثلث الدية وفي الجايفة ثلث الدية فان نفذت فهما
جايفتان ففيهما ثلثا الدية ه اي قال القدوري في مختصره وانما قيد الموضحة
بالخطا لان فيها القصاص اذا كانت عمدا وانما يقتص بعد البرء وان اقتص قبل
البرء ثم برات موضحة المقتص له فلم يبق له اثر يجب عليه ارش الموضحة للمقتص منه
كما اذا قلع سن انسان فاقتص منه ثم نبتت سن المقتص له فانه يجب عليه ارش سن
المقتص منه ولم يقيد ما فوق الموضحة بالخطا لانه لا قصاص في الهاشمة ونحوها في
العمد ويجب فيها الدية مطلقا ثم في الموضحة يجب نصف عشر الدية خمسماية شة
درهم في الرجل ومايتان وخمسون في المراة ويجب ذلك على العاقلة وفي الها
عشر الدية وهو الف درهم وفي المنقلة عشر الدية ونصف عشر الدية الف
وخمسماية درهم وفي الآمة ثلث الدية وهو ثلثة آلاف درهم وثلثماية درهم
وثلاثة وثلاثون درهما وثلث درهم ومن الابل ثلاثة وثلاثون بعيرا وثلث او
قيمة ذلك من الذهب وقال المبرد في كتاب الكامل وبعض العرب يسميها
المامومة ثم ينبغي لك ان تعرف ان ما كان ارشه نصف عشر الدية الى ثلثها
في الرجل والمراة في الخطا فهو على العاقلة في سنة لان عمر رضي الله عنه قضى بالدية
على العاقلة في ثلاث سنين فكل ما وجب به ثلث الدية فهو في سنة كما يلزم العاقلة
الاولى فاذا زاد على ثلث الدية فثلث الدية في سنة والزيادة في سنة اخرى لان
الزيادة على الثلث من جملة ما يلزم العاقلة في السنة الثانية من الدية فكذلك الثان

الفرد وما زاد على الثلثين فالثلثان في سنتين وما زاد على ذلك في السنة
الثالثة قياسا على ما يلزم العاقلة في السنة الثالثة وما كان دون نصف عشر
الدية او كان ذلك عمدا فهو في مال الجاني ولا يجب على العاقلة قال القدوري
في شرحه والاصل في هذا ما روي في كتاب عمرو بن حزم ان النبي صلى الله عليه
وسلم قال وفي الموضحة خمس من الابل وفي الهاشمة عشر وفي المنقلة خمس عشرة
وفي الآمة ثلث الدية وروي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال في الجائفة
ثلث الدية وقد روي عن ابي بكر الصديق رضي الله عنه انه حكم في جائفة نفذت
الى الجانب الآخر بثلثي الدية وهذا بحضرة الصحابة رضي الله عنهم من غير خلاف
كذا في شرح القدوري قوله مروي عن ابي يوسف ه اي في الاملاء ه
قوله وهذا اختلاف عبارة لا يعود الى معنى وحكم ه اي الذي روي عن
محمد ان المتلاحمة قبل الباضعة والذي روي عن ابي يوسف ان الباضعة قبل
المتلاحمة اختلاف في الاسم لا في المعنى والحكم لان محمدا لا يمنع ان تكون
الشجة التي ذهبت في اللحم اكثر ارشا وكذلك ابو يوسف لا يمنع ان تكون
الشجة التي قبل الباضعة اقل منها ارشا وانما الخلاف في الاسم قال محمد المتلاحمة
ماخوذة من الالتحام يقال التحم الجيشان اذا اجتمعا وقال ابو يوسف انها
ماخوذة من الذهاب في اللحم كذا ذكر القدوري في شرحه قوله وبعد
هذا شجة اخرى تسمى الدامغة ه اي بالغين المعجمة وقد ذكرها القدوري ولم
يذكرها محمد في الاصل لان الشجة اذا بلغت الدماغ افضت الى القتل غالبا فلا تفرد
الشجة بعد الافضاء الى القتل بحكم على حدة قوله ثم هذه الشجاج تختص
بالوجه والراس لغة وقد ذكر قبل هذا حكم الشجاج فالآن يذكر مواضع الشجاج
قال القدوري في شرحه ان الشجاج عندنا تختص بالراس والوجه فاذا كانت

في الوجه في مواضع العظم مثل الجبهة والوجنتين والذقن يتصور فيها الموضحة وما قبلها
وما بعدها وقال الليث حكم الشجاج في كل البدن وهذا الذي قاله ان رجع
فيه الى اللغة فهو غلط لان العرب تسمي ما كان منه في الراس والوجه شجة وما كان
في البدن جراحة وان كان يرجع الى الحكم لم يصح لان هذه الشجاج يثبت حكمها للشين الذي
يلحق ببقاء اثرها الا ترى انها لو اندملت فلم يبق لها اثر لم يجب لها ارش والشين
انما يكون فيما يظهر من البدن من الوجه والراس وما سواهما يغطى في العادة
فلا يلحق فيه الشين كما يلحق في الراس والوجه وقد قال محمد انه روي عن
علي رضي الله عنه انه قال في السمحاق اربع من الابل قال القدوري وهذا
على وجه الحكومة لا على التقدير قوله والحكم مرتب على الحقيقة ه اي حكم
الشجاج يثبت في الوجه والراس على ما هو حقيقة اللغة لان في اللغة تسمى الشجة
ما كان في الوجه والراس لا غير وفي غيرهما لا يجب المقدر فيها بل تجب حكومة
العدل وقوله في الصحيح احترازا عن قول ليث وقد مر آنفا قوله واما
اللحيين فقد قيل ليسا من الوجه وهو قول مالك ه قال صاحب الذخيرة
والذقن من الوجه بلا خلاف والعظم الذي تحت الذقن وهو اللحيان من الوجه
عندنا حتى لو وجدت الشجاج الثلاث الموضحة والهاشمة والمنقلة في
اللحيين كان لها ارش مقدر عندنا خلافا لمالك قوله وقالوا
الجائفة تختص بالجوف جوف الراس او جوف البطن ه ولنا نظر في قوله جوف
الراس لان ذلك لا يسمى جائفة الا ترى الى ما قال في الاجناس واما
الجائفة فهي ضربة في البطن ولم تنفذ من ورائه فان كان عمدا ففي ماله ثلث الدية
ولا قصاص في الجائفة ه وان نفذت من ورائه ففيهما ثلثا الدية ان كان عمدا ففي
ماله وان كان خطأ فعلى عاقلته ذكره في ديات الاصل والجائفة تكون ما

اللبة والعانة ولا تكون فوق الذقن ولا تكون ما تحت العانة من الفخذين والرجلين
إلى هنا لفظ الأجناس وقال الكرخي في مختصره ولا تكون الجائفة في
الرقبة ولا في الحلق ولا تكون إلا فيما يصل إلى الجوف من الصدر والظهر والبطن
والجنبين وكل ما وصل إلى الفم ففيه حكم عدل وليس بجائفة ولا تكون في
اليدين ولا في الرجلين وإن كانت بين الأنثيين والدبر حتى تصل إلى الجوف فهي جائفة
إلى هنا لفظ الكرخي والجائفة في اللغة الطعنة التي تبلغ الجوف وجوف كل
شيء داخله ثم في الشجاج كلها إذا برأت ولم يبق لها أثر لا يجب شيء في العمد
والخطأ إلا رواية عن أبي يوسف أنه قال يجب بقدر أجر الطبيب كذا في شرح
الطحاوي وأما إذا بقي لها أثر بعد البرء ففي الخطأ في الموضحة وما فوقها أرش
مقدرة ذكرناها وفيما قبلها حكومة عدل وأما في العمد فلا يجب القصاص إلا في
الموضحة وفيما قبلها حكومة عدل وفيما فوقها الأروش قوله
وتفسير حكومة العدل على ما قاله الطحاوي قال القدوري في شرح
مختصر الكرخي واختلف أصحابنا المتأخرون في كيفية الحكومة قال الطحاوي
يقوم الحر لو كان عبدا وهو صحيح ويقوم وبه هذه الشجة فما نقص من القيمتين كان
انشمار من دية الحر وقال أبو الحسن الكرخي يقدر من الشجة التي لها أرش
مقدر بالجزء والظن وحجته ما قاله الطحاوي أن الحر لا يمكن تقويمه
والقيمة في العبد كالدية في الحر فوجب أن ينقص من دية الحر ما بين القيمتين في
العبد وكان أبو الحسن ينكر هذا ويقول هذا يؤدي إلى أن يجب في قليل
الشجاج أكثر مما يجب في كثيرها لأنه يجوز أن يكون نقصان الشجة التي هي السمحاق
في العبد أكثر من نصف عشر قيمته فإن أوجبنا مثل ذلك من دية الحر أوجبنا في السمحاق
أكثر مما نوجب في الموضحة وهذا لا يصح كذا في شرح القدوري وتفسير قول الطحاوي

أنه لو كان قيمته بلا شجة ألفا ومع الشجة تسعمائة كان النقصان عشر القيمة
فينقص من الدية عشرها وتفسير قول الكرخي أن ينظر من هذه الشجة وهي
الباضعة مثلا بالموضحة التي لها أرش معلوم فإن كانت ربعها يجب ربع أرش الموضحة
وإن كانت نصفها يجب نصف أرش الموضحة فقس على هذا ما يجب فيه الحكومة
ذكر الكرخي في باب على حدة قال قال ابن سماعة عن أبي يوسف في الضلع
إذا كسر حكم عدل وكذلك الترقوة وكذلك كسر كل عظم فيه حكم عدل على قدر
ما يرى الحاكم بعد نظر ذوي عدل من أطباء الجراحات ومن يعالج الكسر وقال
في الأصل في أنف الرجل إذا كسر حكومة إلى هنا لفظ الكرخي وفيه بعض تطويل
وحاصله أورده صاحب التحفة فقال وكذا في ثدي الرجل وحلمة ثديه
حكومة وفي لسان الأخرس وذكر الخصي والعنين والعين القائمة الذاهب نورها
والسن السوداء واليد الشلاء والذكر المقطوع الحشفة والكف المقطوعة الأصابع
وكسر الظفر وقلعه بحيث لا ينبت أو ينبت مع العيب وأما الطفل ففي لسانه
حكومة العدل ما لم يتكلم وفي يديه ورجله وذكره إذا كان يتحرك مثل الكبير وفي
المارن والأذن المقصود هو الجمال فحكمه حكم الكبير وفي العينين إذا وجد
ما يستدل به على البصر كالكبير وفي حلق رأس الشاب ينبت أبيض على قول أبي حنيفة
لا يجب شيء إذا كان حرا لأن الشيب ليس بعيب وإن كان عبدا يجب ما نقصه
وقال أبو يوسف تجب حكومة العدل فيهما وفي ثدي المرأة المقطوعة الحلمة
والأنف المقطوعة الأرنبة والجفن الذي لا أشفار له حكومة العدل كذا في
التحفة

فصل

وحق هذا الفصل أن يترجم بفصل في مسائل متفرقة لأن كل مسألة منها في باب
على حدة في مختصر الكرخي قوله وفي أصابع اليد نصف الدية هذا لفظ

القدوري في مختصره وتمامه فيه فان قطعها مع الكف ايضا ففيهما نصف الدية فان
قطعهما مع نصف الساعد ففي الكف والاصابع نصف الدية وفي الزيادة حكومة
عدل الى هنا لفظ المختصر وذلك لما روينا قبل فصل الشجاج في حديث عمرو بن حزم
في كل اصبع عشر من الابل فاذا وجب في كل اصبع عشر من الابل وهي عشر الدية يكون
في اصابع اليد الواحدة اذا قطعت خطاء نصف الدية لان فيها خمس اصابع ولان في
قطع اصابع اليدين تجب دية كاملة لتفويت جنس المنفعة على الكمال واصابع اليدين
عشرة فتنقسم الدية عليها فيكون في اصابع اليد الواحدة وهي نصف جميع الاصابع
نصف الدية فان قطعها مع الكف ففيه ايضا نصف الدية لما روي عن
النبي صلى الله عليه وسلم في اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية ولان
المقصود من اليد منفعة البطش وذلك بالاصابع فكان الكف تبعا فلم يفرد بحكم
على حدة قال الكرخي في مختصره فان قطع اليد من الذراع من المفصل خطاء
ففي الكف والاصابع نصف الدية وفي الذراع حكومة وهذا قول
ابي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال ابو يوسف فيه نصف الدية والذراع
تبع وكذلك لو قطع اليد من العضد او الرجل من الفخذ ففيه نصف الدية وما فوق
القدم عنده تبع للقدم وما فوق الكف تبع للكف وهو قول ابن ابي ليلى
وقال ابو حنيفة ومحمد لا يتبع الاصابع الا الكف حسب وكذلك اصابع
الرجل لا يتبعها الا القدم حسب ولا يتبع المتعلق بالتبع وهي رواية محمد عن ابي يوسف
في الكف والذراع وروى ابن سماعة وبشر وعلي بن الجعد قالوا سمعنا
ابا يوسف قال اذا قطعت الكف من المفصل او قطعت اليد من المرفق او فوق ذلك
ما بينها وبين المنكب فان في ذلك نصف الدية في قول ابي يوسف وابن ابي ليلى
وقال ابو حنيفة خلاف ذلك قال في الكف نصف الدية وما زاد فحكم عدل

على قدر الزيادة وكذلك هذا القول في الرجل في قول ابي حنيفة ما زاد على مفصل
القدم ففي الزيادة حكم عدل الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجه قول
ابي يوسف قول النبي صلى الله عليه وسلم وفي اليدين الدية وفي احديهما نصف الدية
واليد عبارة عن العضو الى المنكب ولان ما ليس له ارش مقدر اذا اتصل بما
ليس له ارش مقدر تبعه في الارش كالكف وجه قولهما ان الدية انما تجب في
الاصابع والكف تبع بدلالة انه لو انفردت الاصابع بالقطع وجب نصف الدية
ولو قطعها مع الكف وجب نصف الدية ايضا ثم لا يخلو اما ان يكون
الذراع تبعا للاصابع او للكف فلا يجوز ان يتبع الاصابع لانه يفصل بينهما عضو فلا
يكون تبعا كما لا تكون الشجة تبعا للاصابع ولا يجوز ان يتبع الكف لانه تبع
في نفسه فلا يثبت له تبع قوله على ما رويناه اشار به الى قوله عليه
السلام في كل اصبع عشر من الابل في فصل فيما دون النفس قوله هو الموجب
على ما مر ه اي الموجب للدية تفويت جنس المنفعة لا تفويت صورة الآلة على ما
مر في فصل فيما دون النفس قوله قال وان قطع الكف من المفصل
وفيها اصبع واحدة ففيها عشر الدية وان كانت اصبعان فالخمس ولا شيء في
الكف وهذا عند ابي حنيفة ه اي قال في الجامع الصغير وصورتها
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقطع كف الرجل من المفصل وليس في الكف
الا اصبع او اصبعان قال ان كان فيها اصبع ففيه العشر وان كان اصبعان ففيه
الخمس وليس فيما بقي من الكف شيء فان لم يكن فيها اصبع كان فيها حكم عدل ه
وقال ابو يوسف ومحمد ينظر الى ارش الاصبع وارش الكف بغير اصبع فيدخل
القليل في الكثير ويوجب عليه الاكثر هما الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ومعنى
قوله ففيه الخمس ه اي من الدية ومعنى قوله ينظر الى ارش الكف ه اي الى حكو

العقل في الكف وبه صرح في المختلف قال الكرخي في مختصره اذا قطعت
اليد وفيها اصبع واحدة فعليه دية الاصبع وليس عليه في الكف شي وكذلك اذا كان
فيها ثنتان او ثلاث او اربع ففي ذلك دية الاصابع ولا شي في الكف وهي تبع
للاصابع وهذا قول ابي حنيفة وقال بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة اذا بقي
شي له ارش معلوم دخلت الكف فيه فيكون قياس قوله اذا بقي ثلث اصبع يعني مفصلا
من اصبع فيها ثلاث مفاصل فقطع انسان ما بقي من الكف ففيه ثلث خمس دية اليد ه
وقال محمد في الاصل اذا قطعت الكف باصبعين ففيهما خمسا دية اليد وهذا
قول ابي حنيفة ما بقي من الاصابع شي ولو مفصل واحد وقال بشر وعلي بن
الجعد وابن سماعة عن يعقوب اذا بقي نصف الابهام ان قياس قول ابي حنيفة
ينظر الى ما بقي من الكف والى دية نصف الابهام فايهما كان اكثر لزم ودخل القليل
في الكثير وقال محمد في الاصل عن نفسه وعن ابي يوسف انه ينظر الى الكف
والى ارش ما بقي من الاصابع فيدخل القليل في الكثير وكذلك في رواية الجامع الصغير
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال القدوري في كتاب التقريب وقال
زفر يجب عليه ارش الاصبع حكومة فيما يلي الاربع اصابع من الكف ه وذكر ابن شجاع
عنه ان بقي من الكف ثلث اصابع دخل الكف فيها كذا في التقريب وجملة
هذا ما ذكره القدوري في شرح مختصر الكرخي انه اذا قطع الكف وفيها ثلاث
اصابع وجب ارش ما بقي منها وان كان مفصل واحد عند ابي حنيفة وقالا في
الرواية المشهورة يدخل القليل في الكثير ايهما كان وجه قول ابي حنيفة
ان ما بقي من الاصابع له ارش مقدر والكف ليس لها ارش مقدر وهي متصلة فتتبعها
في انها لا تتبع جميع الاصابع ونظيره هذا ما قالوا في اصل الخطة ما بقي
منهم واحد فالقسامة عليهم دون المشترين وكذلك قالوا في الوصية لولد فلان ما

بقي له ولد من صلبه وان كان واحدا لم يدخل ولد الولد في الوصية وجه قولهما
ان الاقل يتبع الاكثر والاكثر لا يتبع الاقل فوجب ان يلزمه الاكثر ويدخل
الاقل على طريق التبع ه فاما الذي ذكره من رواية ابن سماعة وعلي بن الجعد وبشر بن
الوليد قياس قول ابي حنيفة في نصف الابهام اذا قطعت مع الكف ان يدخل القليل
في الكثير فليس بصحيح والظاهر من قوله ما حكاه قبل ذلك عن بشر بن الوليد عن ابي يوسف
ان الكف يتبع ثلث الاصبع لان له ارشا مقدرا وجه ما ذكره ابن سماعة
من اعتبار الاكثر ان المفصل ليس له ارش مقدر بنفسه فضعف حكمه والاصبع ارشها
مقدر بنفسها وقد كان قول ابي يوسف الاول ان ارش الاصابع اذا كان
اقل من ارش الكف وجب ارش الكف والاصابع واذا كان ارش الاصابع اكثر
دخل الكف فيه وجه ذلك ان الاصابع اذا كان ارشها اكثر فقد قوي حكمها
بالتقدير وبالكثرة فيتبعها الكف واذا كان ارش الكف اكثر فقد قوي الكف
بالكثرة وقويت الاصابع بالتقدير فلم يتبع احدهما الاخر وروي عنه ان ما
يلي الاصابع فالباقي من الكف يدخل في ارشها ويجب فيما بقي من الكف حكومة لان
الاصابع كلها لو كانت باقية دخل الكف معها على طريق التبع ولو كانت كلها ذاهبة
كان ارش الكف فاذا ذهب بعضها وبقي بعضها تبع الباقي ما يليه وانفرد حكم باقي
الكف بنفسه وقال ابو يوسف اذا قطع ولا اصابع فيها فان فيها حكومة
ولا يبلغ بها ارش اصبع لان الاصابع تبع الكف والتبع لا يساوي المتبوع في الارش
كذا قال القدوري في شرحه قوله ويدخل القليل في الكثير لانه لا وجه
الى الجمع بين الارشين لان الكل شي واحد بيانه ان الجمع بين ارش الاصبع
وارش الكف بلا اصبع ممتنع لان ضمان الاصابع هو ضمان الكف وضمان الكف
هو ضمان الاصابع فكانا شيئا واحدا فلم يكن لكل واحد حكم على حدة وابطال

احدهما ليس بمستقيم لان كل واحد منهما اصل من وجه الاصابع باعتبار منفعة البطش
والكف باعتبار ان الاصابع قائمة بها فوجب الترجيح بالكثرة فايهما كان
اكثر لزمه ذلك ولان الجنايتين اذا اجتمعتا في موضع واحد دخل القليل
في الكثير الا ترى ان رجلا لو شج راس رجل موضحة فتناثر بعض شعره فانهما
كان اكثر من الموضحة وتناثر الشعر يجب عليه ذلك كذا هنا ولنا نظر
في هذا التعليل لانا لا نسلم ان ضمان كل واحد منهما هو ضمان الآخر لان ضمان
الاصبع عشر الدية وهو مقدر وضمان الكف ليس بمقدر بل فيه الحكومة
قوله وله ان الاصابع اصل والكف تابع حقيقة وشرعا اما
الحقيقة فلان منفعة الكف هو القبض والبطش والبسط قائمة بالاصابع
واما الشرع فلان النبي صلى الله عليه وسلم اوجب في كل اصبع عشرا من الابل
وقدر ضمانها بها ولم يقدر ضمان الكف فكان الترجيح من حيث الحقيقة
اي الذات ومن حيث الحكم اي الشرع احق من الترجيح بمقدار الواجب وهو
الكثرة لانه ترجيح بالحال فاذا كانت الاصابع اصلا والكف تبعا لا يظهر
حكم التبع ما بقي شيء من الاصل لان الاصل اصل وان قل يستتبع الفرع وان جل
وليس هذا كالشعر مع الشجة لان احدهما ليس بتبع للآخر والكف تبع للاصابع
قوله قال وفي الاصبع الزائدة حكومة عدل اي قال القدوري في
مختصره قال الكرخي في مختصره وفي الاصبع الزائدة والسن الزائدة حكم عدل
وذلك لانه لا منفعة فيها ولا زينة ولم يقدر لها الشرع ارشا معينا فوجب
الرجوع الى حكومة العدل تعظيما للآدمي لانه جزء منه وقال القدوري
في كتاب التقريب وروى بشر عن ابي يوسف عن ابي حنيفة في رجل قطع من يد رجل
اصبعا زائدة وفي يد القاطع اصبع زائدة لم يكن بينهما قصاص وكذلك المقطوعتا

اليدين وقطع احدهما ساعد صاحبه من المرفق وكذلك روى الحسن عن ابي حنيفة
في الاقطعين والاشلين سواء كان القاطع اقلهما شللا او اكثر قال
الحسن وهو قول ابي يوسف وقال بشر عن ابي يوسف ان كانا سواء اقتصصت
وقال زفر ان كانا سواء اقتصصت فان كان القاطع اشدهما شللا فالمقطوع
بالخيار وان كان المقطوع اشدهما شللا فلا قصاص ولابي حنيفة ان
القطع والشلل يوهن اليد فلا تعلم المساواة بين العضوين الا من طريق الاجتهاد فلا يجب
به قصاص كيد العبدين فاما الاصبع الزائدة فانها ناقصة القوة عن الاصابع
الاصلية وقد تفاضل النقصان فيها فلم تعلم المساواة ايضا الا باجتهاد ه
وجه قول زفر واحدى الروايتين عن ابي يوسف ان النقص قد يعلم فيما بين
اليدين الناقصتين الا ترى انها تقوم لايجاب الارش فكذلك تقوم
لتعلم المساواة كذا في التقريب قوله وكذلك السن الشاغية اي
الزائدة يقال شغيت اسنانه اذا اختلفت نبتتها وتراكبت وقيل الشغو
ان تقع الاسنان العليا على السفلى ورجل اشغى وامراة شغواء ومنه سميت
العقاب شغواء لان مقدم منسرها منطبق على الآخر قوله لما قلنا
اشارة الى قوله لانه جزء من يده يعني كما ان الاصبع الزائدة جزء المجني عليه
فكذلك السن الشاغية جزؤه فثمة تجب الحكومة فكذا هنا قوله وفي
عين الصبي ولسانه وذكره اذا لم تعلم صحته حكومة عدل بهذا اللفظ القدوري
في مختصره قال صاحب الهداية وقال الشافعي تجب دية كاملة قال
القدوري في شرحه واما العينان فكل شيء يستدل به على بصرها فهي مثل عين
الكبير البصير واما اللسان ففيه حكومة عدل لا تتم دية اللسان حتى يتكلم
الصبي وذلك لان المقصود من هذه الاعضاء المنفعة فاذا لم تعلم صحتها لا يجب فيها

ارش كامل وقد يعلم ذلك في الذكر بالحركة وفي اللسان بالكلام وفي العين بما
يستدل به على النظر فمتى وجد ذلك تبين انه اتلف منفعة كاملة فيجب الارش
كاملا واذا لم يوجد ذلك فلا نعلم الصحة فلا يلزمه الارش الكامل بالشك ه
ولا يقال ان الاصل الصحة لان هذا ظاهر والظاهر لا يستحق به حق
على الغير ولان هذا الظاهر يقابله مثله وهو ان الاصل براءة ذمة
الجاني وقال الكرخي في مختصره في سن الصبي اذا لم يثغر ولم تنبت ديتها
كاملة وذلك لانه فوت عليه المنفعة لانه لا منفعة في السن الا ان تكون
موجودة صحيحة فالصغير والكبير في ذلك سواء وانما يسقط عنه الارش في الصغير
لعود السن واذا لم يعد صار كالكبير قوله والظاهر لا يصلح حجة
للالزام قيد به لان الظاهر اذا لم يجر فيه الزام الغير بعينه كما في رضيع احد ابويه مثلا لو
اعتقه عن كفارة القتل جاز لان الظاهر منه سلامة الاعضاء وقد مر ذلك في
اول كتاب الديات قوله والاذن الشاخصة ه اي المرتفعة من شخص
بالفتح شخوصا قال في الجمهرة شخص من مكان الى مكان اذا سار وفي ارتفاع
قوله وكذلك لو استهل الصبي يكون في لسان الصبي حكومة العدل ما يعني
لم يتكلم وان استهل لان استهلال الصبي وهو رفع الصوت بالبكاء لا يدل على
صحة اللسان لان ذلك مجرد صوت قوله قال ومن شج رجلا فذهب
عقله او شعر راسه دخل ارش الموضحة في الدية ه اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه وان ذهب سمعه او بصره او كلامه فعليه ارش الموضحة مع الدية
قال الكرخي في مختصره ولو ان رجلا شج رجلا فذهب من ذلك بصره
او سمعه او كلامه او شعره فلم ينبت او عقله فان ابا حنيفة قال عليه الدية
في ذهاب شعره وعقله ولا شيء عليه في الموضحة يدخل ارش الموضحة في الدية ولا

يدخل ارش الموضحة في غير هذين ويكون في السمع او البصر او الكلام ايهما ذهب
بالشجة ارش الشجة والدية وكذلك قال محمد مثل قول ابي حنيفة وكذلك قال
ابو يوسف في احدى الروايتين عنه وهي الرواية ~~الرواية~~ الاولى روى ذلك في الا ملاء
عنه بشر بن الوليد وعلي بن الجعد وروى عنه الحسن بن زياد ان الشجة
تدخل في السمع ايضا ولا تدخل في البصر خاصة لان البصر ظاهر وقال
الحسن بن زياد لا يدخل في ذلك ارش الشجة الا في الشعر خاصة وقال
زفر لا يدخل ارش الشجة في شيء من ذلك شعر ولا غيره الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله اما اذا اوضحه فذهب شعره ولم ينبت فعليه الدية وسقط ارش
الموضحة وذلك لان ارش الموضحة يجب لفوات جزء من الشعر الا ترى
ان الشعر لو نبت سقط ارشه والدية وجبت لفوات الشعر وقد تعلقا جميعا
بسبب واحد وهو فوات الشعر فيدخل الجزء في الجملة كمن قطع اصبع رجل فشلت به
وجه قول زفر ان الموضحة والشعر كل واحد منهما جناية فيما دون النفس
فلا يدخل احدهما في الاخر كسائر الجنايات واما اذا ذهب العقل فوجه
قولهم ان منفعة العقل تتعلق بجميع البدن فاذا فاتت فاتت المنفعة من جميع الاعضاء
الا ترى ان افعال المجنون لا تترتب كافعال البهائم فصار كمن اوضح
رجلا فمات فلما كان الموت يبطل جميع المنافع دخلت الموضحة فيه فكذلك
العقل وجه قول الحسن ان الموضحة والعقل جنايتان اختلف محلهما
والمقصود بهما فلم تدخل احديهما في الاخرى كارش اليدين وكالموضحة والسمع
وليس كذلك الشعر والموضحة لانهما يتعلقان بسبب واحد وهو فوات الجمال
بذهاب الشعر واما ذهاب السمع والبصر والكلام فوجه قول ابي حنيفة
ومحمد ان منفعة كل واحد من هذه الاشياء يختص به خاصة ولا يتعدى الى غيره

فلا يدخل بعضه في بعض كالأعضاء المختلفة وليس كذلك العقل لأن منفعته
لا تختص به وإنما تعود إلى جميع الأعضاء فصار كالروح وقد قدمنا ما روي
عن عمر رضي الله عنه أنه قضى في شجة واحدة بأربع ديات وجه قول
أبي يوسف أن السمع والكلام كل واحد منهما باطن فدخل أرش الموضحة في ديته كالعقل
وليس كذلك البصر لأنه ظاهر كاليد والرجل قال القدوري وهذا
الفرق الذي قاله أبو يوسف يبطل بالشعر لأنه ظاهر وقد دخل أرش الموضحة
فيه فإن قيل إذا أوجبتم بالسمع دية وبالبصر دية وبالكلام دية ولو
أدت الشجة إلى الموت لم يجب إلا دية واحدة والموت أعظم من ذلك قيل
الموت فوات الجملة وهذه الأشياء تبع الجملة فيدخل التبع في المتبوع فأما
إذا لم يمت فكل واحد من هذه المعاني غير تابع للآخر فلا يدخل في أرشه قال
القدوري فإن قيل من أين يعلم ذهاب السمع والشم والبصر قيل له قد
يعرف ذلك باعتراف الجاني وتصديقه للمجني عليه أو بنكوله عن اليمين وغير ذلك
من الوجوه في معرفة ذلك مر في أول فصل فيما دون النفس قوله
ولو نبت يسقط ه أي لو نبت الشعر في موضع الشجة يسقط الأرش قوله
تعلقا بسبب واحد ه أي تعلق أرش الموضحة والدية جميعا بسبب واحد وهو
فوات الشعر فلو لم يدخل أحدهما في الآخر يلزم ضمان الشعر من وجه واحد مرتين
وهذا لا يصح قوله فشلت يده ه والشلل فساد في اليد قوله
وجوابه ما ذكرناه ه أي من تعليلنا وهو أنهما تعلقا بسبب واحد قوله
على ما بيناه ه إشارة إلى قوله لأن بفوات العقل تبطل منفعة جميع الأعضاء
قوله ووجه الثاني ه أراد به قوله وعن أبي يوسف أن الشجة تدخل في
دية السمع والكلام ولا تدخل في دية البصر قوله وفي الجامع الصغير

ومن شج رجلا موضحة فذهبت عيناه فلا قصاص في ذلك وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يشج الرجل موضحة فتذهب عيناه
قال لا قصاص في شيء من هذا وقال أبو يوسف ومحمد يقتص له من الموضحة خاصة
إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير وهي من الخواص قال الفقيه أبو الليث في
شرح الجامع الصغير لا يجب القصاص في قول أبي حنيفة ولكن تجب عليه
أرش الشجة ودية العينين وفي قول أبي يوسف ومحمد عليه الدية في العينين
والقصاص في الموضحة أما مذهب أبي حنيفة فلأن هذه جناية واحدة
على إنسان واحد وقد صار بعض تلك الجناية مالا لأنهم اتفقوا أن في العينين
يجب الأرش وإذا صار بعض الجناية مالا صار كله مالا ألا ترى
أنه لو قطع يده فشل ما بقي يسقط القصاص وتجب دية اليد فكذلك ههنا ه
وأما مذهبهما فلأن هذه جنايتان في مكانين مختلفين ولا مدخل لأحدهما
في الآخر فكذلك إذا صارت إحديهما مالا لا تصير الأخرى مالا قوله
قالوا ه أي قال الشارح في شروحهم وإنما قال قالوا لأن محمدا لم يصرح في أصل
الجامع الصغير بما قالوا قوله فيهما ه أي في الموضحة والعينين يعني
أنه يجب أرش الموضحة ودية العينين وإنما كرر لفظ قالوا لأن الأول في بيان
قول أبي حنيفة والثاني في بيان قولهما قوله وإن قطع أصبع رجل من
المفصل الأعلى فشل ما بقي من الأصبع أو اليد كلها لا قصاص عليه في شيء من ذلك
وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يقطع أصبع
الرجل من المفصل الأعلى فيشل ما بقي من الأصبع أو يشل اليد كلها قال لا قصاص في
شيء من هذا وقال أيضا عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يكسر نصف سن
الرجل فيسود ما بقي قال لا قصاص في شيء من هذا إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير

وهذان الفصلان من الخواص انفسنا ولم يحك محمد فيهما خلافا فمن ههنا قال
مشايخنا ينبغي ان تجب الدية في المفصل الاعلى وفيما بقي حكومة عدل بلا خلاف يعني في
المفصل الاول وقالوا في الفصل الثاني ينبغي ان تجب الدية في السن كلها ه
ثم ابو حنيفة رضي الله عنه مر على اصله في المسئلة الاولى واما ابو يوسف
ومحمد فرقا بين هاتين المسئلتين وبين المسئلة الاولى لان ارش الاصبع يدخل في اليد
بدليل انه لو قطع اصبعه فلم يبرأ حتى قطع كفه او قطع اصبعه من المفصل
ثم قطع ما بقي لا يجب عليه الا ارش واحد ويدخل الاول في الثاني وفي المسئلة
الاولى لا يدخل ارش احدهما في الآخر لانه لو شجه موضحة ثم فقأ عينه يجب
كلاهما فلما دخل ارش احدهما في الآخر ههنا صار كلاهما بمنزلة جناية واحدة
فاذا سقط القصاص في البعض سقط في الكل وكذلك اذا كسر نصف سنه فاسود
ما بقي فالجواب مثل الجواب في الاصبع كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح
الجامع الصغير قال الكرخي فان قال اني اقطع المفصل ولا حاجة لي في
ارش ما بقي لم يكن له القصاص في المفصل الا ترى انه لو شجه منقلة فقال
انا اشجه موضحة ولا اريد الارش فيما زاد لم يكن له ذلك وانما له ان يقتص
من جناية لو كان يقدر على القصاص منها لانه جناية واحدة فاذا كان لا يقدر
على القصاص لم يكن له القصاص في بعضها وكذلك السن يكسر بعضها فيسود
ما بقي فليس القصاص فان طلب ان يكسر الذي كسر ولا يريد الارش فيما بقي
فليس في شيء من ذلك قصاص الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله لهما
في الخلافية اي في المسئلة التي ذكر فيها الخلاف ه وهي ما اذا شجه موضحة فذهبت
عيناه فلا قصاص في الموضحة عند ابي حنيفة بل يجب ارشها وتجب الدية في العينين
وعندهما يجب القصاص في الموضحة والدية في العينين وجه قولهما

ان الفعل متى وقع في محلين اخذ حكم فعلين كل واحد منهما مبتدأ الا ترى ان
من رمى رجلا فاصاب ونفذ منه الى آخر انه يقتص للاول دون الثاني وكذلك
اذا قطع اصبعا فاضطرب السكين فاصاب اصبعا اخرى خطأ منه انه يقتص من
الاولى دون الثانية فكذلك في مسئلتنا فاذا صار بمنزلة فعلين لم تتعد الشبهة
الى الاولى بخلاف السن اذا اسود ما بقي منها او الاصبع اذا شل ما بقي منها او شلت
اليد كلها لان ذلك بمنزلة شيء واحد بخلاف الاصبعين والبدن وجه قول
ابي حنيفة ان سراية الفعل مع ابتداء الفعل بمنزلة شيء واحد وما يحتمل السراية
بمنزلة محل واحد فيثبت للفعل صفة الاتحاد دون الافتراق فاما اذا صار لا
يوجب القود بعاقبته اثر ذلك في ابتدائه بخلاف نفسين لان احدهما ليس
من سراية الآخر وهما محلان وبخلاف السكين اذا انسل الى الاصبع الاخرى فقطعها
لان قطع الاخرى حصل ابتداء بالانسلال لا بالسراية فلم يكن ذلك شبهة
في الاصبع الاولى لعدم اتحاد الفعل وهذا هو الفرق الصحيح فافهمه
وما قال صاحب الهداية بقوله وبخلاف ما اذا وقع السكين على الاصبع لانه
ليس فعلا مقصودا ففيه نظر لان لقائل ان يقول نعم ان قطع الاصبع الاخرى خرب
ليس من قصد القاطع للاصبع الاولى ولكن اذا كان كذلك لم لا يسقط القصاص
في الاولى ومثل هذا وجد في الشجة التي ذهب منها العينان لانه لم يكن من قصد
الشاج ذهاب العينين ومع هذا يسقط القصاص في الموضحة عند ابي حنيفة
رضي الله عنه قوله وان قطع اصبعا فشلت الى جنبها اخرى فلا قصاص في
شيء من ذلك عند ابي حنيفة هذا لفظ القدوري في مختصره قال الكرخي
في مختصره فان قطع اصبع فشلت اخرى الى جنبها فان ابا حنيفة قال لا قصاص في شيء
من ذلك وعليه دية الاصبعين وقال ابو يوسف ومحمد وزفر والحسن بن زياد

يقتص من الاولى وفي الثانية ارشها الى هنا لفظ الكرخي وقال الحاكم
الشهيد في الكافي واذا قطع اصبع رجل فشلت اخرى الى جنبها او قطع يده
اليمنى فشلت اليسرى فلا قصاص في شيء من ذلك والارش واجب لما قطع ولما صار
فيه الشلل في قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد القطع بائن عن الشلل
فيقتص في القطع وفي الشلل الارش واجمعوا انه لو قطع مفصلا من اصبع
فشل الباقي او قطع الاصابع فشلت الكف فانه يجب في الكل الارش ويجعله كله
جناية واحدة لهما يقولان انهما جنايتان مختلفتان احديهما عمد
والاخرى خطأ لانه لا يقصد بالجناية على احدهما تحصيل الاثر في محل آخر
لانه لا يتفق له عادة فوجب ترتيب حكم العمد على الاول والخطأ على الثاني كما
اذا رمى سهما الى انسان فاصابه ونفذ منه واصاب محلا آخر بخلاف ما اذا
قطع بعض الاصبع فشل الباقي او قطع الاصابع فشل الكف لان ذلك جناية واحدة
في محل واحد باعتبار ابتدائه عمد وباعتبار انتهائه خطأ فصار عمدا من وجه
وخطأ من وجه وابو حنيفة يقول انهما ان كانا جنايتين حقيقة ولكن
شبهة الاتحاد ثابتة الا ترى ان الثانية سراية الجناية الاولى ولا
تتصور السراية الا عند الاتصال لان المراد من السراية ان تحدث فساد عضو
بالجناية على عضو وحدوث الالم في محل آخر لا يكون الا عند اتصال المحل بالمحل
الذي وجد فيه الالم من حيث العروق والاعصاب الا ترى انه يسري
الى النفس فيجوز ان يسري الى طرف من اطراف النفس فثبت ان شبهة الاتحاد ثابتة
بناء على اتصال المحل فان نظرنا الى ابتدائه فهو عمد وان نظرنا الى نهايته فهو خطأ فصار
خطأ من وجه دون وجه فلم يصلح سببا لوجوب القصاص كذا في شرح الكافي
وقول الشافعي في هذه المسئلة كقولهما كذا في شرح الاقطع قوله

وقالا وزفر لا يجوز ان يعطف على الضمير المتصل المرفوع الا اذا اكد الا في
ضرورة الشعر فعلى هذا كان حق الكلام ان يقول وقالا هما وزفر
قوله والوجه من الجانبين قد ذكرناه اي من جانب ابي حنيفة ومن جانب
من خالفه اشار به الى ما ذكر من تعليل ابي حنيفة وصاحبيه بقوله لهما في
الخلافية ان الفعل في محلين الى آخرهما قال قوله وروى ابن سماعة
عن محمد في المسئلة الاولى وهو ما اذا شج موضحة فذهب بصره انه يجب القصاص
فيهما اي في الموضحة والبصر جميعا قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة
في نوادره قال سمعت محمدا قال في رجل شج رجلا موضحة عمدا بحديدة او عصا فذهبت
عيناه من ذلك والعين قائمة وقد ذهب الضوء قال اقتص من ذلك كله لان هذا
عمد الى هنا لفظ الكرخي وجه رواية ابن سماعة في وجوب القصاص في
البصر ان الجناية وقعت على وجه العمد فما تولد منها عمد كما لو سرت الى النفس والقصاص
يمكن فيما سرت اليه فوجب القصاص فيه وليس كذلك اذا شلت الاخرى لان
القصاص لا يمكن فيها فتعلق القصاص بالاولى ووجب في الثانية الارش ووجه
قولهم المشهور ان العين لم تذهب بالسراية لان السراية انما تكون من جزء الى جملة
فاما من جزء الى جزء آخر فلا وانما تلف البصر بسبب الشجة وما تلف بسبب ليس فيه
قصاص كما اذا تلف بحفر البئر ووضع الحجر وليس كذلك اذا سرت الى النفس لانه
تلف بالسراية لان الالم يتصل بالقلب فيحدث الموت منه فصارت كالجناية بنفسها فيثبت
القصاص فاما عضو آخر فلا يوجد فيه هذا المعنى فلا يجب فيه قصاص وقال الكرخي
قال ابن سماعة وقال محمد ولو ذهبت عيناه ولسانه وجماعه قال عليه القصاص في
الموضحة وفي العينين فاما اللسان والجماع فلا يقدر فيه على القصاص فعليه الدية
في ماله ولا يكون ذلك على العاقلة لانه تعمد ضربه فما كان فيه القصاص فعليه

القصاص وما لا يستطاع القصاص فيه فعليه دية ذلك في ماله دون العاقلة ه وأما
هذا فيما كان دون النفس فأما إذا آلت الضربة إلى النفس فكانت الضربة بحديدة
أو خشبة تقع موقع القصاص ه وإن كانت الضربة بشيء لا يقع موقع السلاح ففيه السلاح ففيه
الدية على العاقلة قال أبو الحسن وهذا قول أصحابنا جميعا أن الضربة
إذا ما آلت نفسا اعتبر ما ضرب به فمن كان عنده المضروب به يوجب القصاص أوجبه
ومن كان لا يجب به القصاص عنده أبطله إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله تعالى
قوله بخلاف الخلافية الأخرى ه وهي ما إذا قطع أصبعا فشلت إلى جنبها
أخرى وقد مر بيانها قوله ولو كسر بعض السن فسقطت فلا قصاص
إلا على رواية ابن سماعة ه ذكرها على سبيل التفريع وكذلك المسألة التي تليها ذكرت
بسبيل التفريع فعلى رواية ابن سماعة يجب القصاص في المسألتين وعلى المشهور لا يجب
القصاص في شيء من ذلك وقال في التقريب وروى أبو يوسف عن أبي حنيفة
فيمن ضرب سن رجل عمدا فكسر بعضها وحرك ما بقي فإنه يؤجل سنة فإن سقطت أو اسودت
فلا قصاص عليه وقال أبو يوسف إن سقطت ففيه القصاص وذلك لأن ذهاب بقية
السن لا يكون من طريق السراية لأن السراية إلى السن تكون بانتقال الألم إلى القلب
والسن لا يؤلم وإنما يصير كسر بعضها سببا في تلف نفسها فلا يجب القصاص فيما تلف
بالسبب فسقط في الجملة وعلى قول أبي يوسف أن السن إنما يستأنى بها ليعلم ما تؤول إليه
فإذا سقطت صار كأن الضرب أوجب ذلك في الابتداء كذا في التقريب وقال
الكرخي في مختصره وقال محمد إذا ضربه بعصا فأوضحه ثم عاد فضربه إلى جنبها ثم
تآكلتا حتى صارتا واحدة فهما موضحتان يقتص منه إلى هنا لفظ الكرخي وهذا
على رواية ابن سماعة لأن القصاص وجب في كل واحدة من الموضحتين وما تآكل بينهما
يمكن فيه القصاص ومن أصل محمد أن الجراحة التي فيها القصاص إذا تولد منها

ما يمكن فيه القصاص يقتص منها كما لو آلت إلى النفس وعلى الرواية المشهورة لا
قصاص في الموضحتين لأن ما تآكل بينهما تلف بسبب الجراحة والتالف بالسبب لا
قصاص فيه قوله ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى سقط الأرش هذا
لفظ القدوري في مختصره ولم يذكر خلاف أصحابنا فيه وذكر في شرح مختصر الكرخي
خلافا فقال فيه وأما سن البالغ إذا قلعها ونبتت مكانها قال أبو حنيفة لا شيء فيها
د لأن السن يستأنى بها وإنما يستأنى فيها لينظر ما يكون من حالها فإذا نبتت فقد عاد
الجمال والمنفعة على ما كان فصار كسن الصبي وقال أبو يوسف عليه الأرش كاملا
لأنه أتلف السن بجنايته وما نبت فإنما هو عوض عوضه الله تعالى فلا يسقط الضمان
عن الجاني كمن أتلف مالا لغيره فرزقه الله تعالى مالا وكمن قطع شجرة فنبتت ه
وفرق أبو يوسف بين سن الصبي وسن البالغ فإن سن الصبي معرضة للسقوط
ط فلم يجب بقلعها إذا عادت شيء وكأنها انقلعت بنفسها وسن البالغ غير معرضة للسقو
فتعلق بها ضمان ولم يذكر القدوري لمحمد خلافا وأما ذكر خلافه صاحب الهداية
وكذلك لم يذكر خلافه في شرح الطحاوي أيضا فقال فيه ولو قلع سن رجل فنبتت
مكانها أخرى فلا شيء على القالع وروي عن أبي يوسف أنه قال تجب حكومة
الألم وإن نبتت معوجا وجبت الحكومة بالإجماع ه ولو نبتت مسودا يجعل كأنه لم
ينبت فيجب الأرش إلى هنا لفظ شرح الطحاوي ونقل في الأجناس عن المجرد قال
أبو حنيفة ولو نزع سن رجل فنبتت نصف السن كان عليه نصف أرشها وقال
القدوري أيضا في شرحه وقد قالوا فيمن قلع سن غيره فأخذ صاحبها فوضعها في
مكانها فنبتت ونبت عليها اللحم فإن على القالع الأرش بكماله وذلك لأن هذا الثبوت
لا يعتد به ولا يعود إلى ما كان عليه السن ألا ترى أن العروق لا تعود ولأن
هذه السن تكون في حكم الميتة قال محمد فإن كانت الكبر من قدر الذي لم تجبر

الصلاة معها فلم تكن عوضا عن التالف وقال ابو يوسف في سن نفسه اذا اعادها
الى موضعها تجوز الصلاة معها وفي سن غيره لا تجوز ذلك قال وبينهما
فرق لا يحضرني وعلى هذا اذا قطع اذنه فخاطها فالتحمت لانها لا تعود الى ما كانت
عليه **قوله** اذا قلع سن صبي فنبتت لا يجب الارش بالاجماع وانما قيد بارش
السن لانه روي في مختصر الكرخي عن ابي يوسف انه تجب فيه حكومة العدل
قوله وعن ابي يوسف تجب حكومة عدل يتعلق بقوله وقالا لا يجب عليه الارش
كاملا اي تجب حكومة العدل على ما روي عن ابي يوسف في سن البالغ اذا نبتت
قوله لمكان الالم الحاصل اي يقوم بالالم وبدون الالم فيجب ما انتقص
وقال الكرخي في مختصره وقال ابو حنيفة في الظفر اذا نبت كما كان فلا
شيء فيه وان لم ينبت ففيه حكومة عدل وان نبت على عيب ففيه حكومة عدل
دون ذلك وكذلك قال ابو يوسف وقال ابو يوسف اذا نبت اسود ففيه
حكومة عدل ايضا للجراحة الاولى ولما اصاب من ألم ذلك الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله قال القدوري وهذا على اصله انه يتقوم **قوله** ومن ان الالم
نزع سن رجل فانتزع المنزوعة سنه سن النازع فنبتت سن الاول فعلى الاول لصاحبه
خمسمائة درهم وهذه من خواص الجامع الصغير اراد بالاول الذي نبتت سنه
واصل هذا ان القصاص واجب في السن نزعت او كسرت ولكنه يجب لفساد
المنبت الا ترى انها لو نبتت كما كانت يسقط القصاص وفساد المنبت لا يظهر
الا بمضي الزمان وقدر بالحول فاذا استوفى حولا ولم ينبت وجب استيفاء القصاص
وانما قدر به لان الحول يشتمل على الفصول الاربعة التي تشتمل على الطبايع الاربع
الحرارة والبرودة والرطوبة واليبوسة فلعل فصلا منها يوافق طبع المجني فتبرأ
جراحته وليلتئم في سائر الجراحات او نبتت سنه فيما نحن فيه او نحا المقطعة فيموت

ن

المجني عليه او يحصل الياس من نبات السن فقدر بالحول كما قدر مدة العنين لهذا لان
الحول دلالة الياس غالبا فاقيم مقام حقيقة الياس لانها تحصل بالموت ولو
وقفناه الى الموت يلزم اضاعة الحقوق وذلك لا يجوز لانه ربما يموت المجني
عليه قبل نبات السن فبموته يبطل القصاص في السن الا ترى الى ما قال
في النوازل فان مات الصبي قبل الحول ولم ينبت السن او مات الرجل قبل
الحول ولم ينبت السن لا شيء فيه في قول ابي حنيفة وتجب حكومة العدل في قول
ابي يوسف فلهذا اقيم الحول الذي هو دلالة الياس مقام حقيقة الياس
فاذا نبتت سن الذي وجب له القصاص بعد القصاص بعد الحول ظهر ان استيفاء
القصاص كان بغير حق فصار كانه نزع ظلما ولكن لم يلزمه القصاص لان
فعله في الظاهر حين استوفى القصاص كان حقا له فصار ذلك شبهة في سقوط
القصاص فوجب المال **قوله** ولهذا يستانى حولا بالاجماع والاستيناء
الانتظار يقال استانى به اي انتظر به ثم اعلم ان في سن الصبي يستانى
حولا بالاتفاق وفي سن البالغ خلاف ابي يوسف قال الفقيه ابو الليث
سمعت محمد بن الفضل قال سمعت محمد بن جعفر قال سمعت ابراهيم بن يوسف قال سمعت
ابا يوسف قال اذا قلع رجل سن رجل ليس فيها اجل ولكن يقضي بالارش واما سن
الصبي فانه يؤجل سنة الى هنا لفظ النوازل ونقل الناطفي في الاجناس
عن نوادر ابي يوسف برواية ابن سماعة قال ابو يوسف رجل قلع سن رجل لا انتظر
بها حولا انما انتظر بسن الصبي واقضي عليه بارشها الى هنا لفظ الاجناس وذلك
لان نبات السن بعد البلوغ نادر والى هذه الرواية مال بعض اصحابنا مثل
خواهر زاده وغيره وقال الناطفي ايضا قال في المجرد لو نزع سن رجل
ينبغي للقاضي ان يأخذ ضمينا من النازع للمنزوع سنه ويؤجله سنة منذ يوم نزع سنه

فاذا تم مضت سنة ولم تنبت اقتص له وعلى هذه الرواية لم يفرق كثير من مشايخنا
بين البالغ وسن الصغير بل قالوا بالاستيناء فيهما جميعا واليه ذهب القدوري
والسرخسي وغيرهما قوله ولو ضرب انسان سنة فتحركت يستاني حولا
هذه مذكورة على سبيل التفريع وهي من مسائل الاصل الى قوله ومن شج رجلا
فالتحمت قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا ضرب الرجل سن رجل
فتحركت فانه ينتظر بها حولا فان اسودت او سقطت او احمرت او اخضرت ففيها
ارشها كاملا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
وانما قلنا بالانتظار لان المعتبر في باب الجنايات مآلها لا حالها فانه لا يدري
مآلها الا ترى انه قد يشتد وقد يسقط وقد يسري الى النفس فلهذا ينتظر
وانما ينتظر حولا لان الظاهر ان الاندمال والبرء او عدمه يتبين في سنة
ولهذا قلنا بالاستيناء سنة في الجراحات لاشتباه في مآلها قال وقد
جاء فيه الحديث فانه روي عن علي رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال في الجراحات لا تقاد حتى تستانى سنة فان سقطت او اسودت ففيه
الدية اعني دية النفس ولا يجب القصاص لان في القصاص فيما دون النفس [illegible]
المساواة ولا يمكنه ان يضرب على وجه تتحرك وتسقط او تسود كما فعله الاول [illegible]
يقدر ان يقلعه ابتداء لان الاول ما فعل به هكذا فاذا تعذر القصاص [illegible]
الارش في ماله لانه عمد بخلاف ما اذا قلع سنه او كسرها حيث يجب القصاص لانه
يقدر ان يفعل بالاول كما فعل الاول به ثم حكم بوجوب ارش السن في
السقوط والاسوداد جميعا لان الاسوداد في معنى السقوط لان الارش انما يجب
في السن اما لازالة الجمال او لانه اتلفه حقيقة وكلا المعنيين ثابت في الاسوداد
لانه يزول به الجمال ولانه لا يبقى منتفعا لانه لا يصلح للمضغ فصار رميا كما في

وكذا الاحمرار والاخضرار ولو اصفرت لم يذكر ذلك محمد في الاصل وفيه
روايتان عن ابي حنيفة ذكرهما الكرخي في مختصره قال فان اصفرت
فان ابا يوسف روى عن ابي حنيفة انه قال فيها حكم عدل وروى هشام م
عن محمد عن ابي حنيفة ان المضروب اذا كان حرا فليس فيها شيء وان كان مملوكا
ففيها حكومة وقال محمد نرى فيها اذا اصفرت حكومة حرا كان المضروب
او عبدا وقال ابو يوسف ايضا فيها حكم عدل وقال ابو يوسف ان كثرت
الصفرة حتى تكون عيبا كعيب الخضرة والحمرة ففيها عقلها تاما وقال
زفر اذا اصفرت ففيها ارشها تاما الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجه
الرواية الاولى ان الصفرة لا تبطل منفعة السن وانما توجب نقصا فيها فوجب
حكومة ووجه الرواية الاخرى ان الصفرة قد تكون لونا للسن في اصل
الخلقة فلم يعد ذلك نقصا في الحر وليس كذلك الخضرة والسواد والحمرة لانها
لا تكون لونا للسن في الاصل واما العبد فان الصفرة تؤثر في نقصان قيمته
قال القدوري في شرحه وهذه الرواية لا تصح لان الحر اولى بايجاب
الارش بفوات الجمال بدلالة الشعر يعني ان صفرة السن توجب فوات الزينة
وهذا المعنى مقصود في الاحرار اكثر مما يقصد في العبيد الا ترى ان في
لحية الحر الدية وفي لحية العبد حكومة فاذا وجب في سن العبد النقصان فالحر
اولى وجه قول زفر ان السن يظهر في العادة ويقصد فيها الجمال فاذا
فات وجب الارش كاملا كالمارن وجه قول ابي يوسف ان المقصود با لسن
المنفعة والصفرة لا تبطل المنفعة المقصودة فلم يجز ايجاب كمال الارش وليس
كذلك اذا اسودت او اخضرت لان ذلك يبطل منفعتها الا ترى انها
تتناثر في العادة وقال الحاكم الشهيد في الكافي فان قال الضارب

انما اسودت او سقطت من ضربة حدثت فيها بعد ضربي وكذبه المضروب فالقول في ذلك قول المضروب مع يمينه الا ان يقيم الضارب البينة على ما ادّعي استحسن هذا لما جاء فيه من الاثر والسنة والقياس ان يكون قول الضارب وذلك لانه يدعي المضروب عليه ضمانا وهو ينكر فكان القول قوله كما اذا شجه موضحة فصارت منقلة فقال الضارب انما صارت منقلة من امر حدث فيها من غير فعلي وقال المضروب لا بل صارت منقلة من ضربك يكون القول قول الضارب كذا هذا وجه الاستحسان ان الضارب يدعي الاحالة الى سبب ظاهر فان الضرب سبب صالح لهذا الاثر خصوصا بعد ما تحرك سنه فكان الظاهر شاهدا له فكان القول قوله بخلاف ما اذا ادعى ان الشجة الموضحة صارت منقلة لان الشجة الموضحة بعد ما وقعت موضحة لا تكون سببا لنقل العظم عادة بل يكون ذلك اثر سبب حادث فلا يبقى الظاهر شاهدا للمضروب فلا يكون القول قوله قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي اراد بقوله في الكتاب استحسن لما جاء فيه من الاثر والسنة قول ابراهيم النخعي لانه افتى به هكذا قوله ليكون التاجيل مفيدا وذلك لان ذلك التاجيل انما كان لظهور عاقبة الامر فلو لم يقبل قول المضروب كان التاجيل وعدمه سواء فلم يكن حينئذ في الانتظار فائدة قوله وان اختلفا في ذلك بعد السنة فالقول للضارب اي ان اختلف الضارب والمضروب في سقوط السن بعد الاستيناء حولا فقال المضروب سقطت بضربك وقال الضارب بل سقطت باثر حادث قوله ولو لم تسقط لا شيء على الضارب يعني اذا تحركت السن ولم تسقط ولم تحدث فيها عيب كالاسوداد ونحوه لا شيء على الضارب قوله وعن ابي حنيفة

انه تجب حكومة الالم اي وفي بعض النسخ وعن ابي يوسف وهو الاصح بدليل ما قال في شرح الطحاوي اذا ضرب سن رجل حتى تحركت فانه يستاني حولا فان لم تسقط فلا شيء على الضارب وروي عن ابي يوسف انه قال تجب فيه حكومة الالم اي اجر العلاج واجر الطبيب كذا في شرح الطحاوي قوله وتبيين الوجهين اي ادائهما وجه قوله لا شيء على الضارب ووجه وجوب حكومة الالم واشار بالوعد الى قوله بعد هذا سقط الارش عند ابي حنيفة لزوال الشين الموجب وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وهو حكومة عدل لان الشين ان زال فالالم الحاصل ما زال قوله قال ومن شج رجلا فالتحمت ولم يبق لها اثر ونبت الشعر سقط الارش عند ابي حنيفة اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وقال ابو يوسف عليه ارش الالم وقال محمد اجرة الطبيب وجه قول محمد ان الجاني كان هو السبب في الزام هذا الغرم فكانه اخذ من ماله فاتلفه قال القدوري في شرحه وهذا ليس بصحيح لان المنافع لا تتقوم عندنا الا بعقد كما في المضاربة الصحيحة والاجارة الصحيحة او شبهة كما في الاجارة الفاسدة والمضاربة الفاسدة ولم يوجد في حق الجاني عقد ولا شبهة فلم تتقوم اجرة الطبيب في حقه ووجه قول ابي يوسف ان الاجزاء وان عادت فالالم باق فوجب تقويم ذلك فتجب حكومة عدل قال القدوري وهذا ليس بصحيح لان مجرد الالم لا يتعلق به ضمان كمن ضرب رجلا ضربا وجيعا ولابي حنيفة ان الضمان في الشجة انما يجب في الشين الحاصل بزوال الشعر فاذا عاد الشعر عاد على ما كان عليه فلم يجز ايجاب الارش لزوال علة الارش ولانه متى عاد الشعر لم يبق الا مجرد الالم وهذا المعنى لا يوجب الضمان كمن لطم رجلا ومسئلة السن

اعني إذا قلع سن رجل فنبتت مكانها أخرى كما كانت مبنية على هذا الأصل فعند
أبي حنيفة يسقط الارش وعند أبي يوسف يلزمه حكومة العدل وفي رواية
يلزمه الارش كاملا وقد مر ذلك عند قوله ولو قلع سن رجل فنبتت مكانها
أخرى ولكن لم يذكر قول محمد ثمة لأنه لا غرم يلزم فيها كذا ذكر القدوري
في شرحه قوله قال ومن ضرب رجلا مائة سوط فجرحه فبرأ منها
فعليه ارش وهذه من مسائل الجامع الصغير وقع بيانها مكررا في الهداية
لأنه استوفى بيانها في فصل قبل باب الشهادة في القتل وأراد بالارش ارش
الضرب وهو حكومة العدل قال الصدر الشهيد هذا إذا بقي أثر الضرب
فإن لم يبق لا يجب شيء عند أبي حنيفة رح وإنما قيد بقوله جرحه لأنه إذا لم يجرحه
في الابتداء لا يجب شيء بالاتفاق وقد مر ذلك مرة قوله قال ومن
قطع يد رجل خطأ ثم قتله قبل البرء فعليه الدية وسقط ارش اليد أي قال
القدوري في مختصره ومعنى قوله قتله أي خطأ أيضا لأنه إذا كان
القتل عمدا يؤخذ بالأمرين جميعا وقيد بما قبل البرء لأنه بعد البرء يؤخذ بالأمرين
جميعا وقد مر بيان ذلك مفصلا في أول فصل قبل باب الشهادة في القتل
وذلك لأن الجنايات المتفقة بمنزلة الجناية الواحدة بدليل [illegible]
حكما وحكم الجناية قبل البرء مراعى فلا يحكم فيها بشيء لجواز أن يؤول إلى النفس
فيسقط حكمها ويثبت حكم النفس فإذا لم تستقر الجناية الأولى ووجدت
الثانية سقط حكم الأولى فكأنه أتلفه بجناية واحدة فتجب الدية خاصة
ولا يشبه هذا إذا قطع يده خطأ ثم قتله عمدا لأنهما جنايتان مختلفتان واختلاف
الجنايتين كاختلاف الجانيين ومعلوم أن جناية أحد الجانيين لا تدخل في جناية
الآخر كذلك الجنايتان المختلفتان قوله لأن الجناية من شخص واحد

لأن كل واحد منهما خطأ قوله قال ومن جرح رجلا جراحة لم يقتص من
الجارح حتى يبرأ أي قال القدوري في مختصره وقال الشافعي يقتص
منه في الحال كذا في شرح أبي نصر له أن العلة لوجوب القصاص وهي قطع
العضو أو جرح الموضحة قد تحققت فيترتب الحكم عليها في الحال كما في القصاص في
النفس ولنا ما روى أصحابنا في كتبهم عن جابر رضي الله عنه أن النبي صلى
الله عليه وسلم قال يستأنى بالجراحات سنة وقال القدوري في
شرحه لمختصر الكرخي وروي أن رجلا جرح حسان بن ثابت في فخذه فجاء
الأنصار إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم وطلبوا القصاص فقال النبي صلى
الله عليه وسلم انتظروا ما يكون من صاحبكم رح ولأن الجراحات يعتبر
مآلها لا حالها لأن حكمها في الحال ليس بمستقيم لأنها إن سرت إلى النفس تجعل
قتلا وإن لم تسر تجعل جارحا وإنما يتبين الحال بالاستيناء فلا بد منه حتى
يستقر الأمر بالسراية أو البرء فإذا استوفينا القصاص في الحال استوفينا
ما ليس بمستحق فلا يجوز ذلك وقوله إن العلة تحققت قلنا لا نسلم
التحقق لأن الجراحة علة لوجوب القصاص فيما دون النفس بعد البرء وعلة
لوجوب القصاص في النفس بعد السراية إلى النفس فلا ينعقد علة لأحد الأمرين
قبل أن يظهر الحال وليس القصاص فيما دون النفس كالقصاص في النفس
لأنه ليس بعد القتل شيء آخر حتى ينتظر إليه فلهذا وجب القصاص ثمة معجلا
وهنا فيما نحن فيه الحال متردد بين أن يبرأ المجروح أو يموت فلا جرم وجب
الاستيناء قوله قال وكل عمد سقط القصاص فيه بشبهة فالدية
في مال القاتل وكل ارش وجب بالصلح فهو في مال القاتل رح أي قال القدوري
في مختصره قال أبو الحسن الكرخي في مختصره في باب أروش الجنايات

على الرقيق كل دية وجبت بنفس القتل في خطاء او شبه عمد او في عمد دخله شبهة فهي
في ثلاث سنين على من وجبت عليه في كل سنة الثلث من ذلك والخطاء وشبه
العمد على العاقلة والعمد الذي دخله شبهة فيتحول مالا فهو في مال الجاني
وكل ذلك في ثلاث سنين تؤديه العاقلة اذا وجبت عليها في كل سنة الثلث عند
انقضائها وكذلك كل دية وجبت بنفس صلح فاما اذا صولح من الجناية على مال
فهو حال في مال الجاني وكذلك كل جزء من الدية وجب على العاقلة او على الجاني
فذلك الجزء في ثلاث سنين في كل سنة منه الثلث كرجل قتله عشرة خطاء او شبه
العمد فعلى عاقلة كل واحد منهم عشر الدية يؤدي كل عاقلة ذلك العشر في ثلاث
سنين وكذلك عشرة قتلوا رجلا عمدا احدهم ابوه فالدية في اموالهم في مال كل
واحد منهم العشر وذلك العشر في ثلاث سنين وهذا قول اصحابنا جميعا الى
هنا لفظ الكرخي رحمه الله ه انما تحمل العاقلة في الدية الخطاء مؤجلا
الى ثلاث سنين فلان عمر رضي الله عنه قضى بذلك بحضرة الصحابة رضي الله
عنهم من غير نكير فحل محل الاجماع وقد مر ذلك في اول كتاب الجنايات وكذلك
في شبه العمد لان فيه معنى الخطاء الا ترى ان رسول الله صلى الله عليه
وسلم قضى بدية المقتولة على عاقلة الضاربة وان كانت اعتمدت ضربها بالعمود
لانه شبه العمد واما العمد الذي دخلته شبهة فالمراد منه قتل الاب ابنه
فلا تحمله العاقلة لما روى محمد بن الحسن في موطاه وقال اخبرنا عبد الرحمن
ابن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس
رضي الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى
المملوك وهذا لا يعلم الا من طريق التوقيف فحمل على انه رواه عن النبي صلى
الله عليه وسلم لصيانته عن الكذب والجزاف وقال محمد ايضا اخبرنا

مالك عن ابن شهاب قال مضت السنة ان العاقلة لا تحمل شيئا من دية العمد
وقال ابو عبيد حدثنا عبد الله بن ادريس عن مطرف عن الشعبي قال لا
تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا وكان ينبغي على قول ابي الحسن
الكرخي ان تكون حالا لان موجب قتل الاب عمدا هو القصاص ثم يسقط الى
الدية فيصير كدم العمد اذا عفا احد الشريكين الا انهم قالوا تجب مؤجلا لان
القصاص لما لم يثبت حكمه بحال صار كانه لم يجب وكان الدية وجبت بنفس القتل
فتجب مؤجلة وهذا على ما نقول في ملك الوكيل انه لما لم يستقر صار
كان لم يكن حتى لا يعتق عليه ولده كذا ذكره القدوري في شرحه واما
الصلح فلانه مال وجب بعقد كالثمن في البيع فان شرط فيه اجل كان مؤجلا
وان لم يشترط كان حالا واما الجزء من بدل النفس فهو في ثلاث سنين قياسا على
ما يجب على كل واحد من العاقلة من الدية فاذا قتل العشرة الواحد فعلى عاقلة
كل واحد منهم عشر الدية في ثلاث سنين لانه جزء من بدل النفس فيتأجل بثلاث سنين
كما يلزم كل واحد من العاقلة قوله لقوله عليه السلام لا تعقل العواقل
فيه نظر لانه من كلام ابن عباس والشعبي وقد مر انفا قوله عنى ان الاول
يجب في ثلاث سنين ه اراد بالاول دية العمد الذي سقط القصاص فيه بشبهة
واراد بالثاني الارش الواجب بالصلح وكل ذلك في مال القاتل والاول مؤجل
والثاني حال وقد مر بيان ذلك قوله قال واذا قتل الاب ابنه
عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين ه اي قال القدوري في مختصره وقال
الشافعي تجب حالة وعدم وجوب القصاص على الاب مذهب الجمهور وعند
مالك يجب القصاص على الاب اذا ذبح ابنه وقد مر ذلك في باب ما يوجب
القصاص وقال في اشارات الاسرار اذا قتل ابنه عمدا وجبت الدية مغلظة

في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي تجب حالا ثم كما لا يجب القصاص على
الاب كذلك لا يجب على الاجداد والجدات في قتل الولد وجرحه ولكن تجب الدية
عليهم في مالهم في ثلاث سنين وفي الخطاء الدية على العاقلة وعلى القاتل
الكفارة كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي وجه قول الشافعي
ان الواجب بدل عن النفس فيجب ان يكون حالا كالقصاص وكما في عقد الصلح
وانما ورد الشرع بالتاجيل في الخطاء تخفيفا على الجاني وفي العمد لا يستحق
التخفيف فلا يلحق العمد بالخطاء الا ترى ان في حالة الخطاء تجب الدية
على العاقلة وهنا لا تجب عليهم بل تجب في مال القاتل وفي الخطاء تجب دية مخففة
وفي العمد دية مغلظة ولان الدية وجبت جبرا لحق المقتول كيلا يكون
دمه هدرا وحقه في نفسه حال فلا يجبر الحال بالمؤجل لعدم المماثلة
ولنا انه مال واجب بنفس القتل ابتداء فيجب ان يكون مؤجلا كما في الخطاء
وشبه العمد بيانه ان القياس يابى ان يجب المال لعدم المماثلة
بينه وبين الفايت ولكن وجب المال حيث سقط القصاص بشبهة الابوة
لانه ليس في الاسلام دم مفرج اي مهدر والمال انما وجب ابتداء وجب مؤجلا
كما في الخطاء وشبه العمد وهنا وجب ابتداء فيجب مؤجلا فلا يجوز ان يعدل عن
الثابت شرعا الى غيره فيما وجب بخلاف القياس فلما لم يجز العدول الى غيره لم يجز
العدول اليه بزيادة صفة الحلول بالطريق الاولى ولهذا لم يجز [illegible] في
التغليظ بزيادة القدر بان يزاد على ما به تغيير فكذلك لا يجوز العدول عنه بزيادة
الوصف وهو صفة الحلول لان وجوب المال بخلاف القياس فيقتصر على ما ورد
الشرع به وهو التاجيل فان قيل عندكم سقط به القصاص ثم تجب فيه
الارش ينبغي ان يكون حالا فيما اذا قطع يد رجل من الساعد فقيل الكفا

واجب لو امكنت المماثلة فاذا سقط لتعذر المماثلة وجب الارش حالا وفي مسئلتنا
لا يتوهم وجوب القصاص اصلا مع امكان المماثلة فوجب البدل مؤجلا
قوله وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله ولا يصدق على عاقلته
وهذا لفظ القدوري في مختصره اراد بقوله كل جناية ما يوجب الدية لانه
اذا اعترف بالعمد يقتص به اذا لم يكن ثمة ما يمنع القصاص قال الكرخي
في مختصره من اقر بقتل خطاء فالدية في ماله في ثلاث سنين في كل سنة الثلث عند
انقضائها الى هنا لفظ الكرخي وذلك لما روى محمد قبل هذا في موطاه
عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا
ما جنى المملوك ولانه مصدق على نفسه غير مصدق على عاقلته ولان
الدية تجب عليه عندنا بالقتل وتتحملها العاقلة عنه فاذا لم يصدق عليهم بقيت
الدية في ذمته كما كانت وتكون مؤجلة لانها وجبت بنفس القتل وتؤدي عند
انقضاء كل سنة ثلثها لانه مال مؤجل بالحول فيؤدي عند انقضاء الاجل كالدين
المؤجل والزكوة قوله قال وعمد الصبي والمجنون خطاء وفيه الدية
على العاقلة هذا اي قال القدوري في مختصره وقال في كتاب التفريع لاصحابنا
[illegible] ولا قود على صبي ولا مجنون وقال في وجيز الغزالي ولا قصاص
على الصبي والمجنون وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي في احد قوليه
تجب الدية في ماله وتغلظ وتكون حالة لنا ما روى القدوري في
تجريده عن علي رضي الله عنه قال عمد الصبي خطاء وروى ان مجنونا عدا
على رجل بالسيف فقتله فقضى علي رضي الله عنه بالدية على عاقلته ولان
الاحكام المتعلقة بالعمد لا تتعلق بفعلهما مثل القصاص والمأثم فصار كالخطاء
ولانه لم يتعلق بفعلهما قصاص لان القصاص عقوبة وهما لا يستحقان العقوبة

بفعلها بدلالة الحدود **قوله** وكذا كل جناية موجبها خمسمائة فصاعدا
اي يجب ذلك على العاقلة **قوله** ولهذا تجب الكفارة به ه اي بالمال
وجوب الكفارة على الصبي والمجنون على اصل الشافعي وكذلك حرمان الميراث
قال في مختصر الاسرار لا كفارة على الصبي والمجنون خلافا للشافعي رحمه
الله لنا قوله عليه السلام رفع القلم عن ثلاثة الخبر ولانها كفارة
فلا تثبت في حقهما ككفارة الفطر واليمين والظهار والصيد ولان الكفارة
تسمى كفارة لستر الذنب ولا ذنب لهما فلا تجب الكفارة ولان العتق احد
نوعي التكفير فلا يجب كالنوع الآخر وهو التكفير بالصوم احتج بانه
قتل آدمي معصوم فتتعلق به الكفارة كالبالغ قلنا البالغ يجب عليه
سائر الكفارات فكذا هذا وتجب على البالغ الحدود ايضا بخلاف الفرع ه

فصل في الجنين

لما ذكر احكام القتل المتعلقة بالآدمي من كل وجه شرع في بيانها في الآدمي من وجه
دون وجه وهو الجنين بيان ذلك ما قال شمس الائمة السرخسي رحمه
الله في اصوله ان الجنين ما دام مجتنا في البطن ليس له ذمة صالحة لكونه في حكم جزء
من الام ولكنه منفرد بالحيوة معد لان يكون نفسا له ذمة فباعتبار هذا الوجه
يكون اهلا لوجوب الحق له من عتق او ارث او نسب او وصية ولاعتبار الوجه
الاول لا يكون اهلا لوجوب الحق عليه فاما بعد ما يولد فله ذمة صالحة ه
ولهذا لو انقلب على مال انسان فاتلفه يكون ضامنا له ويلزمه مهر امراته
بعقد الولي **قوله** قال واذا ضرب بطن امراة فالقت جنينا ميتا ففيه
غرة نصف عشر الدية ه اي قال القدوري في مختصره قال صاحب الهداية
معناه دية الرجل وهذا في الذكر وفي الانثى عشر دية المراة وكل واحد منهما خمسمائة

درهم ه اي يعني قول القدوري نصف عشر الدية هو نصف عشر دية الرجل اما في
الانثى يجب عشر دية المراة ولا تفاوت بينهما لان كل واحد من نصف عشر دية
الرجل ومن عشر دية المراة هو خمسمائة درهم والجنين هو الولد في بطن الام
سمي به لاجتنانه ه اي لاستتاره في البطن قالوا والقياس ان لا يجب
في الجنين شيء لانه يحتمل انه مات بفعله ويحتمل انه كان ميتا قبل ذلك فلا يجب
الضمان بالشك ولهذا لا يجب شيء في اجنة البهائم الا ترى ان من ضرب
شاة فالقت جنينا ميتا كان عليه نقصانها ولا شيء عليه في الجنين ه ولان
الجنين في حكم الاعضاء بدلالة انه لا يكمل ارشه والاعضاء لو انفصلت بعد
الموت لا تتقوم الا انا تركنا القياس واوجبنا الغرة بالحديث وهو ما
روى محمد بن الحسن في موطاه عن مالك عن ابن شهاب عن سعيد بن المسيب ان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين يقتل في بطن امه بغرة عبد او وليدة فقال
الذي قضي عليه كيف اغرم من لا اكل ولا شرب ولا نطق ولا استهل ومثل ذلك يطل
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما هذا من اخوان الكهان وقال محمد
ايضا اخبرنا مالك عن ابن شهاب عن ابي سلمة بن عبد الرحمن عن ابي هريرة رضي الله
عنه ان امراتين من هذيل استبتا في زمان رسول الله صلى الله عليه وسلم فرمت
احديهما الاخرى فطرحت جنينها فقضى فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم بغرة
عبد او وليدة قال محمد وبهذا نأخذ اذا ضرب بطن المراة الحرة فالقت
جنينا ميتا ففيه غرة عبد او امة او خمسون دينارا او خمسمائة درهم نصف عشر
الدية فان كان من اهل الابل اخذ منه خمس من الابل وان كان من اهل الغنم اخذ منه
مائة من الشاء نصف عشر الدية الى هنا لفظ محمد في موطاه يقال طل دمه
يطل طلا وطلولا اذا لم يثار به فالدم مطلول وطليل وقد قالوا اطل دمه

ايضا ابو مطل ولم يعرفها الاصمعي كذا في الجمهرة وحدث البخاري عن موسى بن
اسمعيل عن وهيب عن هشام عن ابيه عن المغيرة بن شعبة عن عمر رضي الله عنه
انه استشارهم في املاص المراة فقال المغيرة قضى النبي صلى الله عليه وسلم بغرة
عبد او امة فشهد محمد بن سلمة انه شهد النبي صلى الله عليه وسلم قضى به وحدث
البخاري ايضا عن عبد الله بن يوسف عن الليث عن ابن شهاب عن سعيد بن
المسيب عن ابي هريرة ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى في جنين امراة من
بني لحيان بغرة عبد او امة ثم ان المراة التي قضى عليها رسول الله صلى
الله عليه وسلم بالغرة توفيت فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم ان ميراثها
لبنيها وزوجها وان العقل على عصبتها وحدث صاحب السنن
باسناده الى ابن عباس عن عمر رضي الله عنهم انه سال عن قضية النبي صلى
الله عليه وسلم في ذلك فقام حمل بن مالك بن النابغة فقال كنت بين امراتين
فضربت احديهما الاخرى بمسطح فقتلتها وجنينها فقضى رسول الله صلى الله عليه
وسلم في جنينها بغرة وان تقتل وحدث صاحب السنن باسناده الى
سعيد بن المسيب وابي سلمة عن ابي هريرة رضي الله عنه قال اقتتلت امراتان من
هذيل فرمت احديهما الاخرى بحجر فقتلتها فاختصموا الى رسول الله صلى الله عليه
وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم دية جنينها غرة عبدا او وليدة وقضى بدية
المراة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم فقال حمل بن مالك بن النابغة الهذلي
يا رسول الله كيف اغرم من لا شرب ولا اكل ولا نطق ولا استهل فمثل ذلك يطل
فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما هذا من اخوان الكهان من اجل
سجعه الذي سجع والاحاديث في مثل هذا الباب كثيرة في كتب الحديث قال
ابو عبيد المسطح عود من عيدان الخباء والفسطاط او نحوه واما الغرة فهو

عبد او امة وقال مهلهل في ذلك
كل قتيل في كليب غرة حتى ينال القتل ال مرة
يقول كلهم ليس بكفو لكليب انما هم بمنزلة العبيد والاماء ان قتلتهم حتى اقتل
ال مرة وقوله ان عمر رضي الله عنه استشارهم في املاص المراة
قال ابو عبيد انما سماه املاصا لان المراة تزلقه قبل وقت الولادة وكذ لك
كل ما زلق من اليد او غيرها فقد ملص يملص ملصا وقال في شرح الكافي
وانما سمي الغرة غرة لانه اقل المقادير في الديات واقل الشي اوله في الوجود
وسمي غرة لمعنى الاولية ولهذا يسمى اول الشهر غرة والوجه غرة لانه
اول ما يبدو عند النظر وحمل بن مالك بن النابغة الهذلي بالحاء المهملة
المفتوحة بعدها الميم المفتوحة كذا صححوا في نسخ اسامي الرجال وقال في
السنن قال ابن عباس رضي الله عنهما كان اسم احدى المراتين مليكة والاخرى
ام غطيف وقال ابو موسى الحافظ المديني في كتاب الامالي في باب
العين المعجمة ام غطيف الهذلية وهي التي ضربتها مليكة فاسقطت بضرب حمل
ابن مالك قوله والظاهر لا يصلح حجة للاستحقاق اي للالزام
على الغير وانما قيد به لان الظاهر يعتبر اذا لم يكن فيه الزام الغير كما في
رضيع احد ابويه مسلم اعتقه عن كفارة القتل جاز لان الظاهر منه سلامة ن
الاعضاء من ذلك في اول كتاب الديات قوله وجه الاستحسا
ما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة
ويروى او خمسمائة وهذا الحديث بهذا البيان لم يصح نقله في كتب الحديث عن رسول
الله صلى الله عليه وسلم كالصحيح والسنن وغيرهما اعني قوله قيمته خمسمائة قوله
ويروى او خمسمائة وقال صاحب السنن حدثنا محمد بن بشار قال حدثنا

قال حدثنا شريك عن مغيرة عن ابراهيم قال الغرة خمسمائة وقال ايضا
ابو داود وقال ربيعة الغرة خمسون دينارا ولكن الصحيح في وجوب الغرة
ما ذكرنا قبل هذا ولان الضارب منع منه الحيوة فوجب عليه الضمان
كالمغرور لما منع من حصول الرق من رقبة الرق قوله وهو حجة
على من قدرها بستمائة اي هذا الحديث الذي ذكره صاحب الهداية حجة على
من قدر الغرة بستمائة درهم لان الحديث قدرها بخمسمائة ولنا فيه نظر
والكلام الصحيح فيه ما قال القدوري في شرحه بقوله وقال اصحابنا ان
الغرة مقدرة بخمسمائة وقال الشافعي بستمائة وهذا مع اتفاقهم
انها نصف عشر الدية ولكن اختلفوا في ذلك بحسب اختلافهم في الدية
فعندنا ان الدية عشرة الاف فالغرة خمسمائة وعنده ان
الدية اثنا عشر الفا فالغرة ستمائة قوله وهي على العاقلة عندنا اذا كا
خمسمائة اي الغرة تجب على العاقلة وعند مالك تجب في مال الضارب
وقوله اذا كانت خمسمائة كانه سهو القلم وينبغي ان يكون اذا
بسكون الدال بلا الف بعدها يعني انها انما تجب على العاقلة لانها مقدرة
بخمسمائة والعاقلة تعقل خمسمائة ولا تعقل ما دونها وتكلف بعضهم
في توجيه ذلك وقال انه احتراز عن جنين الامة اذا لم تبلغ خمسمائة فان ذلك القدر
يجب لان ما يجب في جنين الامة هو في مال الضارب حالا ولا تحمله العاقلة
وبه صرح الكرخي في مختصره وقال الكرخي في مختصره وهي على
عاقلة الضارب ولا كفارة على الضارب والغرة بين ورثة الجنين ولا يرث الضارب
منها شيئا ان كان من ورثة الجنين الى هنا لفظ الكرخي اما وجوب الغرة على
العاقلة فلانهم قالوا للنبي صلى الله عليه وسلم كيف نعقل او كيف ندي من لا صاح

ولا استهل ولا شرب ولا اكل فقال النبي صلى الله عليه وسلم اسجع كسجع الاعراب
فجعل فيه رسول الله صلى الله عليه وسلم غرة وجعله على قومها كذا ذكره الطحاوي
في شرح الآثار بغير علم ان القضاء كان عليهم ولانها بدل نفس وان لم يكمل فوجب
على العاقلة كالدية لانها بدل النفس واما قوله لا كفارة على الضارب
فلان القتل غير متحقق لجواز ان الحيوة لم تخلق فيه والكفارة انما تجب بتحقق
القتل ولان النبي صلى الله عليه وسلم لما قضى بالغرة لم يذكر الكفارة
ولو وجبت الكفارة لذكرها قوله والغرة بين ورثة الجنين وقال
الليث الغرة لام الجنين كذا ذكره القدوري في شرحه ولنا ان الغرة
بدل من الجنين بدلالة انها تعتبر به دون الام الا ترى ان جنين ام
الولد يجب فيه جنين الحرة فدل انه يعتبر بنفسه وبدل النفس يستحقه الورثة
قال ولا يرث الضارب منها شيئا لانه قاتل بلا حق ولا حق للقاتل في الميراث
قوله وقال مالك في ماله اي في مال الضارب لانه بدل الجزء
اي اجزاء الادمي فصار كقطع اصبع من اصابعه قوله دوه اي ادوا
قيمته وهو امر خطاب لجمع المذكر من وداه يديه اذا ادى ديته قوله
الا ان العواقل لا تعقل ما دون خمسمائة يتعلق بقوله وهي على العاقلة عندنا
اذا كانت خمسمائة وكانه يقول اذا كانت الغرة اقل من خمسمائة درهم لا تعقله
العاقلة كما في جنين الامة ولنا فيه نظر لان في جنين الامة لا وجوب
على العاقلة اصلا لان الواجب في جنين الامة على الضارب مطلقا قوله
وتجب في سنة اي تجب الغرة على العاقلة في سنة ذكره تعريفا وعند
الشافعي تجب في ثلاث سنين كذا في مختصر الاسرار وذكر في وجيزهم
ان غرة الجنين تجب في سنة ويحتمل ان يكون عن الشافعي روايتان وجه

قوله ان الغرة بدل النفس لان الجنين نفس وما وجب في قتل النفس مؤجل الى
ثلاث سنين والدليل على انها بدل النفس انها تكون ميراثا بين
ورثة الجنين سوى الضارب ولنا انها مقدرة بنصف عشر الدية فوجب
ان تكون في سنة واحدة كارش الموضحة بل اولى لان الموضحة اذا كانت عمدا
يجب فيها القصاص كالنفس ويتقدر ارشها في خطائها بخلاف الجنين فانه لا يجب
فيه القصاص ويستوي فيه العمد والخطاء فاذا لم يتأجل ارش الموضحة الى ثلث سنين
فارش الجنين اولى ان لا يتأجل ولان الجنين له شبهان بالنفس وبالعضو
من حيث انه حي بحيوة نفسه نفس على حدة ومن حيث انه يتصل بالام ينتقل
بانتقالها كعضو من اعضائها فجعلت الغرة بدل النفس فكانت ميراثا بين الورثة
وجعلت بدل العضو فكانت مؤجلة الى سنة واحدة لان بدل العضو اذا
كان نصف عشر الدية الى ثلثها على العاقلة في سنة واحدة بخلاف اجزاء الدية
حيث يجب كل جزء منها في ثلاث سنين لان كل جزء منها بدل النفس وهذا كما
اذا قتل ثلاثة رجلا خطاء حتى وجب على عاقلة كل واحد منهم اقل من نصف عشر
الدية يجب ذلك الجزء الاقل على العاقلة في ثلث سنين قوله لان بدل
العضو اذا كان ثلث الدية او اقل اكثر من نصف العشر يجب في سنة وقوله
اكثر بدون الواو العاطفة في اوله على انه صفة لقوله اقل اي اذا كان بدل
العضو ثلث الدية او كان اقل من ثلث الدية وكان ذلك الاقل اكثر من نصف عشر
الدية يجب في سنة واحدة ولكن لنا في التقييد بالاكثر نظر لانه
اذا لم يكن اكثر من نصف عشر الدية بل كان قدر نصف عشر الدية يجب في
سنة وكان ينبغي ان يقول اذا كان بدل العضو نصف عشر الدية الى ثلثها يجب
في سنة قوله ويستوي فيه الذكر والانثى اي يستوي في الجنين الذكر

والانثى يعني ان الواجب في جنين الحرة خمسمائة درهم سواء كان الجنين ذكرا
او انثى ولا يفضل الذكر على الانثى في ايجاب الغرة لان الحديث ورد باسم الجنين
مطلقا ومطلقه يشملهما جميعا قوله لاطلاق ما رويناه اشار به الى ما
روي بقوله في الجنين غرة عبد او امة قيمته خمسمائة قوله ولان في
الجنين انما ظهر التفاوت لتفاوت معاني الآدمية هذا دليل ثان على
استواء الذكر والانثى في ايجاب الغرة يعني ان التفضيل انما يجب عند تفاوت
الحال والمنفعة وهذا ممكن التحقيق في الولد المنفصل فاما في الاجنة
فلا يتصور تفاوت الحال لان ذلك بناء على مالكية التصرفات والشهادات
وغير ذلك من معاني الآدمية وذلك يكون ابين في الذكور في المنفصل وفي
الجنين لا وجود لهذه المعاني حتى يتصور فيه التفضيل فبقي وصف الآدمية فحسب
والذكر والانثى في ذلك سواء فقدرت الغرة بمقدار واحد فيهما جميعا ولا نه
قد يتعذر التمييز في الاجنة بين الذكر والانثى فسقط اعتباره لتعذره في
الغالب وقوله في الجنين تثنية الحي اراد بها الولدين المنفصلين الجنين
احدهما ذكر والآخر انثى يعني ظهر التفاوت فيهما بان كان دية الذكر الف دينار
ودية الانثى خمسمائة دينار قوله فان القته حيا ثم مات ففيه الدية
كاملة هذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لانه مات بسبب الضرب
السابق فصار قاتلا لنفس كاملة فوجبت الدية كاملة والدية على العاقلة وعلى
الضارب الكفارة ولا يرث الضارب منها شيئا وبه صرح الكرخي في مختصره
قوله وان القته ميتا ثم ماتت الام فعليه دية بقتل الام وغرة بالقائها
وهذه مسئلة المختصر ايضا وانما وجبت الدية في الام والغرة في الجنين لانه اتلف
كل واحد منهما فوجب عليه ما يجب في كل واحد منهما حال الانفراد قوله فان ن

ماتت الام من الضربة ثم خرج الجنين بعد ذلك حيا ثم مات فعليه في الام دية
ودية في الجنين هذه مذكورة بسبيل التفريع على مسئلة المختصر وذلك لانه لما انفصل
عنها حيا اعتبر حكمه بنفسه بدلالة انه يجب فيه ارش كامل فصار قاتلا للاثنين ٥
قوله وان ماتت ثم القت ميتا فعليه دية في الام ولا شيء في الجنين هذا
لفظ القدوري في مختصره وعند الشافعي تجب الغرة في الجنين لحديث حمل بن
مالك ولان الظاهر انه مات بالضرب ولنا ما روي في السنن
مسندا الى عكرمة عن ابن عباس رضي الله عنهما في قصة حمل بن مالك قال فاسقطت
غلاما قد نبت شعره ميتا وماتت المراة فتعارضا لان المفهوم من هذا ان موت
الام بعد اسقاط الولد ولان موت الجنين احتمل ان يكون من الضرب الاول
وان يكون باختناقه من موت الام فالاول يوجب الغرة والثاني لا فلا
يجب بالشك ولانه ميت انفصل عن ميت فلا يجب ضمانه كالطرف اذا
انفصل عنها بعد موتها بضرب في حيوتها ولان الجنين له حكم الاعضاء من
وجه بدليل ان بدله يورث عنه فاذا انفصل في حيوتها ميتا انفرد بنفسه
ولم يدخل في ارشها اعتبارا بالانفس واذا انفصل بعد موتها ميتا لم يفرد اعتبارا
بالاعضاء وكل شيء تردد بين اصلين يجب ان يلحق بهما ولا يفرد بالاعتبار باحدهما
دون الاخر قوله قال وما يجب في الجنين موروث عنه ٥ اي قال
القدوري في مختصره يعني ان ورثة غرة الجنين ورثة الجنين وقال
القدوري في شرح مختصر الكرخي قال الليث الغرة لام الجنين لنا ان
الغرة بدل عن الجنين بدلالة انها تعتبر به دون الام الا ترى ان جنين
ام الولد يجب فيه ما يجب في جنين الحرة فاذا كان كذلك وجب ان يكون موروثا
لان بدل النفس يستحقه الورثة اصله الدية قال الكرخي ولا يرث الضارب

منها شيئا لانه قاتل ولا ميراث للقاتل قوله قال وفي جنين الامة
اذا كان ذكرا نصف عشر قيمته لو كان حيا وعشر قيمته ان كان انثى ٥ اي قال
القدوري في مختصره وعند الشافعي يجب عشر قيمة الام سواء كان الجنين
ذكرا او انثى له ان الجنين في معنى طرف من اطراف الام فصار بمنزلة
قطع اصبع من اصابعها ولانا لو اوجبنا عشر قيمة الام اوجبنا شيئا يعلم
ويتوقف عليه ولو اوجبنا نصف عشر قيمته ان كان ذكرا او عشر قيمته ان كان
انثى لاوجبنا شيئا لا يتوقف عليه لان القتل تحقق قبل الانفصال ولا قيمة له قبل
الانفصال او لا يعلم له قيمة قبل الانفصال ولنا ان المقتول هو الجنين
فكان ايجاب قيمته اولى من ايجاب قيمة غيره لان الضمان يجب جبرا للفايت فكان
اعتبار قيمة الفايت اولى ولان ضمان الجزء انما يجب اذا ظهر النقصان في
الذات بفوات الجزء والا فلا الا ترى ان انسانا لو قلع سن اخر فنبت
مكانها اخرى لا يجب الضمان وفي الجنين لا يعتبر النقصان لان الام وان لم
تنقص بالقاء الجنين يجب ضمان الجنين فعلم ان الواجب في الجنين بدل النفس
لا بدل الجزء فتعتبر قيمة نفسه لا امه ولكن لم نوجب كل القيمة بل اوجبنا نصف
عشر القيمة او عشر القيمة اعتبارا بجنين الحرة لان القيمة في العبد كالدية في الحر
ولان اعتبار الجنين بامه يؤدي الى ان يجب الضمان فيه حيا اقل مما يجب
فيه ميتا الا ترى انه لو كان قيمة امه عشرة الاف وقيمته لو كان حيا مائة
فلو القته حيا ثم مات وجب فيه مائة ولو القته ميتا وجب فيه الف فيكون
قيمته ميتا عشرة اضعاف ما يجب فيه حيا فان قيل انتم فضلتم الانثى على
في جنين الامة فاوجبتم فيها عشر الدية وفي الذكر نصف عشر الدية وذلك لا
يجوز وسويتم بينهما في جنين الحرة قلنا الاصول في الديات كلها مبنية

الاختلاف لانه يجب في السن الواحدة خمس من الابل وفي اصبع عشر من الابل وفي
يد واحدة نصف الدية وفي الارنبة دية كاملة وفي النفس التي تاتي على الاطراف
كلها دية فكذلك يجوز ان يختلف جنين الحرة والامة ولانا سوينا بينهما لانا
اوجبنا في جنين الحرة في الذكر نصف عشر الدية وفي الانثى عشر الدية وفي جنين
الامة كذلك ايضا في الذكر نصف عشر قيمته وفي الانثى عشر قيمتها وقوله
انه كجزء منها قلنا لو كان كذلك لكان ارشه لامه كارش طرفها ولكان
لا تجب الكفارة على اصلهم كما لا تجب بالطرف ثم ينبغي لك ان تعلم ان جنين
امة علقت من سيدها او علقت من مغرور فيكون الولد حرا كجنين الحرة وجنين
المسلمة والكافرة سواء وبه صرح في شرح الطحاوي وقال الكرخي
في مختصره فان ضرب بطن امة فالقت جنينا ميتا ففيه نصف عشر قيمته ان كان
ذكرا وعشر قيمته ان كان انثى فان خرج حيا ثم مات ففيه قيمته وان خرج بعد
موتها ميتا فلا شيء فيه وان خرج بعد موتها حيا ثم مات ففيه قيمته وما وجب
في جنين الامة فهو في مال الضارب يوخذ به حالا من ساعته روى ذلك
معلى عن ابي يوسف ه وكذلك روى الحسن بن زياد عن ابي حنيفة وزفر وابي يوسف
قال وبه ناخذ وروى الحسن عن ابي يوسف ان جنين الامة اذا وقع
ميتا فلا شيء فيه وهو قول الحسن وان القته حيا ثم مات ففيه قيمته حالا ه
وكذا روى ابن رستم عن ابي يوسف وروى هشام عن محمد ان ابا يوسف
تردد قال ان في جنين الامة ما نقص الام قال هشام فاما محمد فلم يقل شيئا
الى هنا لفظ الكرخي في مختصره قوله فيقدر بها اي يقدر ضمان
الجنين بنفس الجنين لا بامه قوله وقال ابو يوسف يجب ضمان النقصان
هذه رواية هشام وليست بظاهر الرواية عنه رحمه الله تعالى قال القدوري

في شرحه وهذا فرع على اصلهم في ان الجناية على العبد ضمانها ضمان الجنايات
او ضمان الاموال فعند ابي حنيفة ومحمد ان ضمانها ضمان الجنايات ولهذا
لا يزاد على الدية والجنين يتقدر في الجناية بالارش من الام فاما على مذهب
ابي يوسف فان ضمانها ضمان الاموال ولهذا لا يتقدر عنده ولا يتحمله
العاقلة فصار جنينها كجنين الدابة فيجب فيه ما نقص الام قوله على ما ذكره
اشارة الى ما ذكره في باب جناية المملوك في اول الفصل الذي يعقب مسئلة
قتل العبد خطا بقوله لهما ان الضمان بدل المالية قوله فان ضربه
فاعتق المولى ما في بطنها ثم القته حيا ثم مات ففيه قيمته حيا ولا تجب الدية
وان مات بعد العتق وهذه من خواص الجامع الصغير الا انه لم يذكر فيه ولا
تجب الدية وان مات بعد العتق ه ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب
عن ابي حنيفة في الرجل يضرب بطن امة فيعتق المولى ما في بطنها ثم تلقيه حيا ثم يموت
قال ضمنه قيمته حيا الى هنا لفظ محمد رحمه الله وذلك لان الهلاك بالضرب
السابق على العتق ووقت الضرب كان رقيقا فيضمن قيمته رقيقا حيا اعتبارا
لحال السبب وهو حال الضرب وحال التلف اعني انا اوجبنا القيمة لا الدية
نظرا الى حال الضرب واوجبنا قيمته حيا متروكا في حيوته نظرا الى حال التلف
وقال الفقيه ابو الليث ولم يذكر محمد في الجامع الصغير ان القيمة تكون
للمولى او تكون ميراثا من المضروب فيجوز ان يقال تكون القيمة ميراثا لان
المولى لما اعتقه فقد ابطل حق نفسه وصار في الميراث حكمه حكم الاحرار ويجوز
ان يقال ان القيمة للمولى لانه لما وجب على القاتل القيمة صار كان الرجل قتل
مملوكه لان وجوب الضمان استند الى الضرب ووقت الضرب كان مملوكا كذا
قال الفقيه وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير قال

نقص مشايخنا يريد بالقيمة الدية لان الضرب وقع وقع بالام فلم تعتبر جنايته في
حق الولد الا بعد ان ينفصل حيا وكذلك لم ينقطع سرايته لانه في النقد بر واقع
بعد العتق وبعد الانفصال لانه بالانفصال صار شخصا منفردا وقال
بعضهم بل المراد بحقيقة القيمة لان الجناية قد تمت من الجاني لكنها لم تعتبر في حق
الجنين مقصودا الا بعد الانفصال فاشبه الرمي الذي تقدم من الرامي ولم يعتبر
في حق المرمي الا بعد الاصابة فاذا وجد العتق بعد تمام العلة لم يعتبر العتق
عند ابي حنيفه وابي يوسف حتى وجب ضمان القيمة قال فخر الاسلام
فان كان هذا بالاتفاق صار حجة لنا على محمد يعني فيما اذا رمى عبدا فاعتقه
مولاه ثم وقع السهم به فعند ابي حنيفة وابي يوسف تجب قيمة العبد للمولى
على الرامي وعند محمد يجب الفضل ما بين قيمته مرميا الى غير مرمي وقد
مر ذلك في باب اعتبار حالة القتل وقال صاحب الهداية وقيل
هذا عندهما ه اي جواب الجامع الصغير على قولهما عند بعض المشايخ اعني قوله
ضمنه قيمته حيا فاما عند محمد تجب قيمته ما بين كونه مضروبا وبين كونه غير
مضروب ه اي يجب تفاوت ما بينهما حتى لو كانت قيمته غير مضروب الف
درهم وقيمته مضروبا ثمان ماية درهم يجب على الضارب ماتا درهم وقيل
هذا على قول محمد مثل قوله في الرمي فالعتق فاصابة السهم بعده قوله
على ما سناتيك من بعد ه اي في باب جناية المملوك في مسألة من قطع يد عبد
فاعتقه المولى ثم مات من ذلك قوله قال ولا كفارة في الجنين ه
اي قال القدوري في مختصره قال الكرخي في مختصره قال محمد ولا
كفارة على الضارب وان سقط كامل الخلق ميتا ولا كفارة فيه الا ان يشاء
ذلك فان فعل ذلك فهو فضل وليس ذلك عليه عندنا بواجب وليتقرب الى الله

تعالى بما استطاع من خير ويستغفر الله تعالى مما صنع وهذا قول ابي يوسف
وقولنا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وعند الشافعي تجب الكفارة
في الجنين كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وذلك
لان الجنين نفس من وجه فتجب الكفارة كما لو قتله بعد الانفصال ولنا
ان القتل انما يتحقق اذا كانت حيوة الجنين معلومة وجاز ان تكون الحيوة لم
تخلق فيه فلا يتحقق القتل ولا كفارة بدون قتل النفس ولان الكفارات
لا يجوز اثباتها الا بتوقيف او اتفاق فلم يوجد واحد منهما فلا يثبت اما
الاتفاق فظاهر عدمه لوجود الاختلاف ه وكذا التوقيف لان النبي صلى
الله عليه وسلم اوجب في الجنين الغرة ولم يوجب الكفارة حيث لم يبينها ولو
كانت واجبة لبينها لان تاخير البيان لا يجوز عند مساس الحاجة ولان
الكفارات فيها معنى العقوبة وقد وردت في النفوس المطلقة والجنين
ليس بنفس مطلقة لانه في معنى الجزء من وجه بدليل انه يعتق بعتق الام
ويتغذى بغذائها ويتنفس بتنفسها ولا يكمل ارشه كسائر الاعضاء حيث لا
يجب فيه دية كاملة فلما لم يكن الجنين نفسا مطلقة لم يجز اثبات الكفارة
فيها قياسا على النفوس المطلقة لان القياس لا يجري في العقوبات ولان
ما ليست بنفس مطلقة ليست في معنى النفس المطلقة فلا يصح القياس مع عدم المماثلة
بين المقيس والمقيس عليه قوله فلا نتعداها ه اي الكفارة لا نتعدى
النفوس المطلقة يعني لا نثبت الكفارة في غير النفوس المطلقة قوله
ولهذا لم يجب كل البدل ه اي ولاجل ان الجنين ليس بنفس مطلقة اي ليس بنفس
من كل وجه لم يجب فيه كل بدل النفس وهو الدية الكاملة بل وجبت فيه الغرة
قوله قالوا الا ان يشاء ذلك ه اي قال اصحابنا جميعا وهم ابو حنيفة

وابو يوسف ومحمد لا تجب الكفارة في الجنين الا ان يشاء ها الضارب فكان ذلك
افضل لانه ارتكب محظورا فيتقرب بالكفارة ان شاء لاسقاطه **قوله**
والجنين الذي استبان بعض خلقه بمنزلة الجنين التام في هذه الاحكام يعني
اذا استبان بعض خلقه ولم يتم ففيه ما في الجنين التام اذا سقط ذكرها
تفريعا على مسألة المختصر وذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم قضى في الجنين
بالغرة ولم يفصل لانه عليه السلام قال في الجنين غرة مطلقا وهو معنى
قوله لاطلاق ما رويناه ولانه اذا استبان بعض خلقه مثل الشعر او
الظفر فقد علمنا انه ولد فهو كالتام الخلق ولهذا انقضى العدة به وتصير
المرأة به نفساء وتصير الامة ام ولد اذا ادعاه المولى وكذلك تنقطع الرجعة
به ولا يطأها الزوج في نفاسها وقال في الفتاوى الصغرى المرأة
اذا ضربت بطن نفسها متعمدة او شربت متعمدة دواء ليسقط ولدها فسقط يضمن
عاقلتها الغرة ونقله عن الزيادات وقال في الواقعات في باب
الديات بعلامة الواو امرأة شربت دواء ليسقط ولدها عمدا فالقت جنينا حيا
ثم مات فعلى عاقلتها الدية في ثلاث سنين ان كانت لها عاقلة وان لم يكن
فذاك في مالها ولا ترث منها شيئا وعليها الكفارة ولو القت جنينا ميتا
تجب الغرة على العاقلة في سنة واحدة ولو كان الشرب لاصلاح البدن فلا
شيء عليها ولا ترث منه شيئا ه

باب ما يحدثه الرجل في الطريق

لما فرغ عن بيان القتل بسبيل المباشرة شرع فيما يكون سببا للقتل تسبيبا كالجرصن
ونحوه لان المباشرة اصل لحصول القتل بلا واسطة ولان ذلك اكثر
وقوعا فكان الحاجة الى ذكره امس فقدم **قوله** قال ومن اخرج الى

الطريق الاعظم كنيفا او ميزابا او جرصنا او بنى دكانا فلرجل من عرض الناس
ان ينزعه اي قال محمد في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يخرج في الطريق الاعظم كنيفا او جرصنا
او ميزابا او بنى دكانا قال فلرجل من عرض الناس ان يجيء فينزع ذلك كله
وقال لصاحب هذه الاشياء التي ذكرت ان ينتفع بها اذا كانت لا تضر بالمسلمين
وان كانت تضر بالمسلمين فاني اكره ان ينتفع شيئا من ذلك وكذلك البالوعة
يحفرها في الطريق الاعظم قال يمنع من ذلك فان كان السلطان هو امرهم
بحفرها واجرهم عليها فلا ضمان عليهم فيما وقع فيها وان كان حفرها بغير
امر السلطان فهم ضامنون الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان
طريق المسلمين حق عامتهم فاذا شغله بما ليس يحق له كان لواحد من اهل الطريق دفعه
قال فخر الاسلام البزدوي ويدخل في الرجل من عرض الناس الكافر
لان الكافر في استحقاق الطريق مثل المسلمين ويسع للعامل ان ينتفع بها ما لم
يضر بالمسلمين لانه من جملة المسلمين وله حق الانتفاع ما لم يضر بالمسلمين كالمرور
فاذا اضر بالمسلمين كره الانتفاع به لان ما كان من حقوق العامة فالانتفاع
به يكون حقا لا ملكا فيكون مباحا بشرط السلامة وعدم التعدي وكذلك
البالوعة يحفرها في الطريق لما قلنا فان كان السلطان امره بحفرها واجبره
على ذلك فلا ضمان عليه فيما عطب فيه لان للسلطان ولاية على عامة المسلمين
فكان امره كامر المسلمين ومن حفر بئرا في دار انسان باذن صاحبها لا يضمن
اذا وقع فيها انسان كذا هنا وكذا الجواب فيما تقدم من المسائل ان كان
باذن الامام فلا ضمان عليه في شيء من ذلك وان كان بغير اذن الامام ضمن وانما
يحل للسلطان امره بذلك اذا كان لا يضر بالعامة بان كان في الطريق سعة

فاما اذا ضاق الطريق فلا يحل له الا باذنهم كذا ذكر فخر الدين قاضي خان في
شرحه ه والكنيف المستراح ه والجرصن جذع يخرجه الانسان من الحائط الى
الطريق ليبني عليه وفسره الفقيه ابو الليث بالبرج الذي يكون في الحائط
وقال فخر الاسلام اختلف فيه فقال بعضهم هو البرج وقال بعضهم هو
مجرى ماء مركب في الحائط نافذ فكيف ما كان فهو يشغل حق المسلمين وهو
فارسي معرب اذ ليس في العربية كلام على هذا التركيب اعني الجيم والراء والصاد
بل مهمل في كلامهم ه وفي الجمهرة ضربت عرض الحائط وعرض الجبل وكذلك
عرض النهر اي ناحيته وارذلهم هنا اضعف الناس واذلهم وفي بعض النسخ
او اجبرهم والفقيه ابو جعفر ذكر في الكشف كذلك ويجوز ان يكون الاشر
والجبر واحدا لان العامة لا يجوز لهم الخروج عن امر الامام فصار امرهم جبرا
قوله فيلحق ما في معناه به ه اي يلحق ما في معنى المرور في عدم المضرة بالمرور
يعني يجوز له الانتفاع بالجرصن ونحوه ما لم يضر بغيره كالمرور قوله اذ
المانع متعنت ه اي المانع من الانتفاع بما لا ضرر فيه لاحد متعنت والمتعنت هو
الذي يخاصم فيما لا ضرر فيه لنفسه او لغيره قوله لا ضرر ولا ضرار في
الاسلام ه والضرر بمعنى الضر وهو ضد النفع وهو يكون من واحد والضرار
بمعنى المضارة وهو يكون من اثنين ه اي لا ضرر في الاسلام ابتداء ولا جزاء والضرر
في الجزاء ان يتعدى المجازي من ضره قدر حقه في القصاص وغيره قوله
قال وليس لاحد من اهل الدرب الذي ليس بنافذ ان يشرع كنيفا ولا ميزابا الا
باذنهم ه اي قال في الجامع الصغير والدرب الواسع والمراد هنا السكة
الواسعة قال فخر الاسلام والمراد بغير النافذة المملوكة وليس ذلك بعلة
الملك وقد تنفذ وهي مملوكة وقد يسد منفذها وهي للعامة لكن ذلك دليل على

الملك فاقيم مقامه ووجب العمل به حتى يقوم الدليل على خلافه هكذا قال في
شرحه وذلك لان السكة لما كانت مملوكة لاهلها كانت مشتركة بينهم فصارت
بمنزلة دار مشتركة بين قوم فليس لواحد منهم ان يحدث فيها شيئا بغير رضا شركائه سواء
اضر او لم يضر فكذلك هاهنا ليس له ان يفعل ذلك سواء اضر بهم او لم يضر الا ان
ياذنوا له وهم كلهم بالغون كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وهذا
بخلاف الطريق الاعظم فان ثمة يباح له التصرف الا اذا اضر وهاهنا لا يباح الا
اذا وجد الاذن لان الطريق الاعظم ليس بمملوك بل هو حق الكل وجعل في حق كل واحد
كانه وحده ليتمكن من المرور فيه اما هاهنا لا حاجة الى ان تجعل السكة كانها ملك كل
واحد في حق المرور والانتفاع به لان كل واحد يتمكن من الانتفاع به باذن الشركاء
واذا لم يجعل كذلك يكون متصرفا في ملك مشترك فيتوقف على الاذن يقال
اشرع بابا الى الطريق اي فتحه واشرع رمحه اي رفعه قال في العيون ولو
ان سكة فيها دور فرفع اصحاب الدور الثلج في متن السكة فزلق به انسان او دابة وانه
قال محمد ان كانت السكة لا منفذ لها فلا ضمان عليهم وان كان لها منفذ وانها طريق
يضمن الذي رفع الثلج فيها قال الفقيه وهذا جواب القياس ونحن نستحسن
ونقول لا يجب عليهم الضمان سواء كانت السكة نافذة او غير نافذة لان فيه
بلوى عاما قوله قال واذا اشرع في الطريق روشنا او ميزابا او نحوه
فسقط على انسان فعطب فالدية على عاقلته ه اي قال القدوري في مختصره قال
الحاكم الشهيد في مختصره اذا وضع الرجل في الطريق حجرا او بنى فيه بناء او اخرج جذعا
او صخرة شاخصة في الطريق او اخرج كنيفا او جناحا او ميزابا او ظلة او وضع
في الطريق جذعا فهو ضامن لما اصاب من ذلك كله وذلك لانه متعد في ذلك كله
بشغل هواء المسلمين او طريق المسلمين وهو شرط التلف لانه لولا وضعه لما عثر به

انسان ولولا اخراجه الظلة او الكنيف او الميزاب لما سقط وقد عرفت ان
شرط العلة يلحق بالعلة في موضع التعدي صيانة لاموال الناس ولا يقال
في اخراج الميزاب الى الطريق ضرورة للحاجة الى تسييل ماء الضرورة لان الضرورة
تندفع من غير شغل هواء المسلمين بان يركبها في الحائط ثم التالف اذا كان آدميا
فالدية على العاقلة وان كان غير آدمي فالضمان في ماله لان العاقلة لا تحمل
غير الآدمي كالديون قال الكرخي في مختصره فما كان من جناية بذلك
في بني آدم فهو مضمون على العاقلة اذا بلغ القدر الذي عرفتك ان العاقلة تحمله وما
لم يبلغ ذلك فهو في ماله وما كان من جناية على غير بني آدم فهو في ماله دون عاقلته
والجروشن الممر على العلو مثل الرف كذا قال المطرزي وقيل الجروشن هو
الخشبة الموضوعة على جداري السطحين ليتمكن من المرور قوله وكذلك اذا سقط
شيء مما ذكر في اول الباب ه اي تجب الدية على العاقلة ايضا اذا وقع الكنيف او
الميزاب او الجرصن او الدكان المبني على الطريق على انسان فمات قوله
وكذا اذا تعثر بنقضه انسان او عطبت به دابة ه يعني اذا عثر به انسان فعطب
تجب الدية على العاقلة واذا عطبت به الدابة يجب ضمانها في ماله ه والنقض بضم
النون وسكون القاف اسم البناء المنقوض كذا في ديوان الادب وروي
عن بعضهم بكسر النون قوله وان عثر بذلك رجل فوقع على آخر فماتا
فالضمان على من احدثه فيهما ه اي في الرجلين ذكره تفريعا على مسئلة المختصر
يعني يجب ضمان الرجلين على المحدث في الطريق قال في شرح الكافي اما في
حق الذي عثر فلا يشكل وكذلك في حق الذي سقط عليه لانه يصير كالدافع اياه
عليه يعني يصير المحدث في الطريق كالدافع للعاثر على الذي سقط العاثر عليه
واذا نحى رجل من ذلك شيئا عن موضعه فعطب به آخر فالضمان على الذي نحاه وقد

خرج الاول من الضمان لان ما شغل حينئذ يشغل الذي نحاه وهو متعد في ذلك
وهذا انقطع اثر فعل الاول فيكون الضمان على الثاني قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فان قالوا هنا محتسب فيما يفعل حيث
اماط الاذى عن الطريق قلنا بلى ولكنه اخطأ الحسبة حيث شغل موضعا
آخر من الطريق والحسبة التامة ان يطرحه في موضع آخر لا يكون ممرا او يطرحه
في حضيرة في الطريق على وجه تملأ الحضيرة فيصير محتسبا من وجهين قوله
وان سقط الميزاب نظر الى آخره ه المسائل المذكورة من هنا الى قوله ومن حفر
بئرا في طريق المسلمين ذكرت تفريعا وهي من مسائل الاصل قال في شرح
الطحاوي اذا اخرج الرجل من داره ميزابا الى الطريق فسقط على رجل فقتله فان اصابه
الطرف الداخل لم يضمن لان ما كان في ملكه ليس بجناية وان اصابه الطرف
الخارج ضمن وان اصاب الطرفان جميعا يضمن النصف وان كان لا يدري فالقياس
ان لا يضمن لانه دائر بين السقوط والوجوب لانه لو اصاب الطرف الداخل لا
يضمن وان اصاب الطرف الخارج يضمن فوقع الشك فلا يضمن بالشك وفي الاستحسان
يضمن النصف لان اخراج الميزاب جناية وما كان في الحائط ليس بجناية فيجعل كان
اصاب الطرفان جميعا قوله ولا كفارة عليه ولا يحرم عن الميراث
اي لا كفارة على محدث الميزاب ونحوه في الطريق اذا مات به انسان ولا يحرم
ايضا عن الميراث اذا مات به قريبه وذلك لانه ليس بقاتل حقيقة لان القاتل هو
الذي اوقع الفعل في المقتول بل هو قاتل تسببا والكفارة وحرمان الميراث يتعلقان
بالقتل حقيقة ولم يوجد فلا يثبتان قوله ولو اصاب الطرفان جميعا ه
اي اصاب طرفا الميزاب الداخل في الحائط والخارج عنه قوله اعتبارا
للاحوال ه يعني يضمن في حال بالنظر الى الخارج عن الحائط ولا يضمن في حال بالنظر

الى الداخل فيضمن نصف الضمان **قوله** ولو اذا جرحه سبع وانسان قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا جرح الرجل الرجل جراحة او جراحتين وجرحه سبع فمات من ذلك فان على الرجل نصف الدية ونصفها هدر وكذلك لو جرحه السبع جراحتين والرجل جراحة واحدة وذلك لان جراحة السبع هدر وجراحة الادمي مضمونة فانقسم الضمان عليهما فوجب على الجارح النصف وسقط ما اصاب جراحة السبع لانه هدر ومن هذا الجنس ما قال في ديات الاجناس ناقلا عن نوادر هشام قال قلت لمحمد رجل في يده ثوب له فتشبث بالثوب رجل فجذب صاحب الثوب ثوبه من المتشبث فانخرق الثوب قال محمد يضمن المتشبث نصف الثوب ولو جذب الذي ليس له الثوب فتخرق فهو ضامن من جميع الخرق وفي نوادر ابن رستم رجل جلس على ازار رجل فنهض الرجل وهو لا يعلم فتخرق ازاره فان الجالس ضامن وقال محمد في نوادر هشام يضمن نصف ما تخرق لانه لم يكن له ان يجلس على ثوبه فصار كمن جلس في ملك غيره فسقط انسان عليه ومات الاعلى من الاسفل وفي نوادر ابن رستم قال ابو حنيفة صبي في يد ابيه تجذبه انسان من يد ابيه والاب يمسكه حتى مات فدية الصبي على الذي جذبه ويرثه ابوه ولو جذباه حتى مات فالدية عليهما ولا يرثه ابوه لانه مات من فعل الاب الى هنا لفظ الاجناس **قوله** ولو اشرع جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فقتله او وضع خشبة في الطريق ثم باع الخشبة وبرئ اليه منها فتركها المشتري حتى عطب به انسان فالضمان على البايع قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اشرع الرجل جناحا الى الطريق ثم باع الدار واصاب الجناح رجلا فقتله فالضمان على البايع وكذلك الميزاب ومثله لو كان له حايط مايل الى الطريق فاشهد عليه ثم باعه فسقط على انسان فمات فانه لا يجب شي على

البايع واما اذا كان كذلك لان في اشراع الجناح لا تنعدم الجناية بالبيع وهو الاشراع فان اثره قائم حقيقة وهو شغل هواء المسلمين وفي الحايط جنايته في ترك الاصلاح لا في شغل الهواء لانه لا صنع له في ذلك وترك الاصلاح انما يكون جناية في حال يقدر على الاصلاح لا في حال لا يقدر ومتى زال عن ملكه زال ما به يوصف فعله بالجناية فلا يبقى حكم الجناية والتفصيل في مسئلة الميزاب من قبل هذا **قوله** ولو وضع في الطريق جمرا فاحرق شيئا يضمنه وذلك لانه محصل شرط الاحراق وهو متعد فيه قال الحاكم وان حركته الريح فذهبت الى موضع آخر ثم احرق شيئا فلا ضمان عليه وكذلك كل شيء وضعه في الطريق فتغير من ذلك الموضع فقد برئ من الضمان لانه لا يبقى اثر الفعل الاول وهو كونه موضوعا في ذلك المكان لاعتراض فعل آخر عليه فانقطعت النسبة كذا في شرح الكافي وقيل اذا كان اليوم ريحا يضمنه يعني اذا كانت الريح متحركة حين وضع الجمر على الطريق ثم حركت الريح الجمر عن مكانه فاحرقت شيئا يضمنه وهو اختيار الامام السرخسي وكان شمس الايمة الحلواني لا يقول بالضمان اذا حركته الريح عن مكانه من غير تفصيل وباقي البيان المتعلق بهذا المكان مر في آخر كتاب الاجارات **قوله** ولو استاجر رب الدار الفعلة لاخراج الجناح او الظلة فوقع فقتل انسانا قبل ان يفرغوا من العمل فالضمان عليهم اي الضمان على الفعلة لا على رب الدار وهو المستاجر يعني لو سقط من عملهم وهم يعملونه كان الضمان عليهم لان فعلهم صار قتلا حقيقة لظهور اثر فعلهم وهو التلف بالسقوط عليه ولهذا اوجب عليهم الكفارة واما استاجرهم على فعل العمارة لا على القتل فلا ينتقل فعلهم الى رب الدار من حيث انه قتل بل يقتصر عليهم وان سقط بعد فراغهم من العمل فلا ضمان على الفعلة وانما الضمان على رب الدار استحسانا لان استيجارهم صحيح على هذا من حيث انه

اصلاح ملكه فنقل فعلهم اليه فصار كأنه هو الذي اخرجه بنفسه فيكون الضمان عليه استحسانا للاثر الذي جاء في مثله عن شريح انه قضى بالضمان على رب الدار وهذا لأن له ان يحدث في فنائه ما لا يتضرر به غيره مقيدا بشرط السلامة لكون الفناء غير مملوك له ولهذا اعتبرناه فلما هلك انسان بذلك صار رب الدار كالقاتل بنفسه لأن فعلهم صار منتقلا اليه ه الفعلة جمع الفاعل كالمنعة في جمع المانع قوله وكذا اذا صب الماء في الطريق فعطب به انسان او دابة ه وكذا اذا رش الماء او توضأ يعني يضمن الفاعل للتلف لوجود التعدي منه ولا ضمان في سكة غير نافذة للراش اذا كان من اهلها قال في الفتاوى الصغرى اذا احدث في سكة غير نافذة شيئا ينظر ان كان حدثا ليس بسكنى فتلف به انسان لا يضمن حصة نفسه ويضمن حصة الشركاء وان كان حدثا من جملة السكنى كوضع المتاع وربط الدابة لا يضمن لأن من احدث في ملك مشترك شيئا من جملة السكنى لا يضمن لأن له ذلك كذا ذكره شيخ الاسلام خواهر زاده ونقل ايضا عن ديات شيخ الاسلام دار بين نفر شركا احدهما او وضع متاعا او ربط دابة او فعل ما يعد من السكنى يجوز وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو رش الطريق فعطب انسان بموضع رشه ضمنه وكذلك الوضوء لأن الانسان يزلق عادة بموضع الرش فصار محصلا شرط التلف قال وهذا اذا رش ماء كثيرا بحال يزلق الانسان به عادة اما اذا رش ماء قليلا كما هو المعتاد والظاهر ان الانسان لا يزلق بمثله ولو زلق ووقع ذلك من خرقه ينبغي ان لا يضمن قال وهذا اذا لم يتعمد الماشي المرور في الموضع الذي صب الماء عليه اما اذا تعمد المرور عليه فسقط لا يضمن لانه صاحب علة لأن السقوط من فعله وهو متعد كالذي رش

وإضافة الحكم الى العلة المحضة اولى فلا يؤخذ به صاحب الشرط قوله وان رش جميع الطريق يضمن ه يعني وان تعمد المار المرور لاضطراره في المرور قال في باب الشين من الواقعات واذا رأى سائق الدابة ان الماء قد رش في الطريق فساق كذلك فعطب به فلا ضمان على الذي رش وان لم يره بان كان ذلك في الليل فالراش ضامن قوله ولو رش فناء حانوت باذن صاحبه فضمان ما عطب على الآمر استحسانا قال في الفتاوى الصغرى ولو امر الاجير او السقاء بالرش فرش فناء دكان الآمر ضمن الآمر دون الراش والحارس اذا رش الماء هو يضمن كيف ما كان وقال في خلاصة الفتاوى لو امره بالوضوء في فتوضأ في الطريق فالضمان على المتوضي والفناء ما اعد لحوائج الدار كربط الدابة وكسر الحطب وهو سعة امام الدار قوله فتعقل به اي نشب وتعلق بالبناء قوله فالضمان على الاجير لفساد الامر وذلك لانه لاحق للآمر في وسط الطريق فسد امره فلذلك لم ينتقل فعل الاجير اليه فكان الاجير هو المتعدي في البناء فيه فوجب عليه ضمانه قوله قال ومن حفر بئرا في طريق المسلمين او وضع حجرا فتلف بذلك انسان فديته على عاقلته وان تلف بهيمة فضمانها في ماله ه اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم في الكافي واذا احتفر الرجل بئرا في طريق المسلمين في غير فناء فوقع فيها حر او عبد فمات فذلك على عاقلة الحافر لا كفارة عليه وذلك لان الحافر متعد فيكون ما تولد منه على العاقلة لان الحفر ليس بموضوع للقتل ه الا ترى انه ليس بقاتل حقيقة ولهذا لا تجب الكفارة ولا يحرم عن الميراث لانه لا يجوز ان يكون قاتلا بالحفر ولا مقتول هناك ولا يجوز ان يكون قاتلا بالوقوع لانه قد يقع في البئر بعد موت الحافر ويستحيل ان يكون قاتلا بعد موته

ولكن الحافر مسبب متعد غير ان ضمان الآدمي تتحمله العاقلة دون المال فلذلك وجب عليهم ضمان الآدمي دون البهيمة فان ضمانها عليه خاصة والرقيق يجب ضمانه على العاقلة وان كان فيه معنى المال لانه آدمي تلف على وجه الخطاء وضمان الدية في الخطاء على العاقلة وهذا في معنى الخطاء لانه ليس قصد الحافر من الحفر السقوط والاصل هنا ما عرف في اصول الفقه ان الاصل في اضافة الحكم هو العلة اذا كانت صالحة للاضافة واذا لم تصلح فقد يقام الشرط مقامها لاشتراك الشرط والعلة في وجود الحكم عندهما صيانة للنفس والمال عن الهدر وهنا علة التلف ثقل الماشي لا يصلح لاضافة الحكم لان الانسان جبل عليه بخلق الله تعالى هكذا وهو امر طبيعي لا تعدي فيه والسبب مشي الماشي وهو امر مباح لا يصلح سببا لما كان جزاء والشرط ازالة مسكة الارض بالحفر وقع تعديا لوقوعه في غير ملكه فاضيف الحكم وهو الضمان الى الشرط خلفا عن العلة **قوله** والقاء التراب واتخاذ الطين في الطريق بمنزلة القاء الحجر والخشبة يعني في وجوب الضمان **قوله** لما ذكرناه اي لانه متعد فيه **قوله** بخلاف ما اذا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان حيث لا يضمن قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو ان رجلا كنس الطريق فعطب بموضع كنسه انسان لم يضمن وذلك لان الانسان لا يتغافل بموضع الكنس عادة فلا يكون فيما فعل محصلا لشرط السقوط بل هو محتسب برفع الاذى عن الطريق حتى لو وضع كناسة في الطريق فعطب بها انسان يضمن لانه متعد في وضعها بشغل طريق المسلمين وقال القدوري في شرحه وقال محمد ان وضع ذلك في طريق غير نافذ وهو من اهله لم يضمن لانها بقعة مشتركة فيني كالدار المشتركة فيجوز لكل واحد من الشركاء الانتفاع بها **قوله** وفي الجامع الصغير

في البالوعة يحفرها الرجل في الطريق فان امره السلطان او اجبره عليه لم يضمن وذلك لان للامام ولاية عامة فلا يضمن ما فعله باذن الامام وقد مر هذا في اول الباب والبالوعة والبلوعة يعني وهو ما يحفر في وسط الدار لاجل ماء الوضوء او ماء المطر **قوله** او بالافتيات على راي الامام والافتيات استبداد بالراي افتعال من الفوت وهو السبق **قوله** وكذا الجواب على هذا التفصيل في جميع ما فعل في طريق العامة يعني اذا كان بامر السلطان لا يضمن وان كان بغير امره يضمن **قوله** مما ذكرناه وغيره اراد بما ذكره اخراج الكنيف او الميزاب او الجرصن الى الطريق وبناء الدكان فيه واشراع الروشن ووضع الحجر وحفر البئر واراد بغيره ما ذكره بناء الظلة وغرس الشجر ورمي الثلج والجلوس للبيع **قوله** وكذلك ان حفره في ملكه لم يضمن يعني كما انه لا يضمن اذا حفر البئر في طريق المسلمين باذن الامام لا يضمن اذا حفرها في ملكه بلا اذن الامام لعدم التعدي وكذلك لا يضمن اذا حفر في فناء داره قيل انما يكون له ان يحفر في فناء داره اذا كان الفناء مملوكا له او كان بحيث لا يلحق الضرر بغيره لانه اذا لم يلحق الضرر بالغير يكون له التصرف فيه مقيدا بشرط السلامة لعدم التعدي اما اذا كان الفناء لجماعة المسلمين او كان مشتركا كما اذا كان في سكة غير نافذة يجب الضمان لوجود التعدي اي يجب ضمان حصة الشركاء لا حصة نفسه وقد مر ذلك عند قوله وكذا اذا صب الماء قال صاحب الهداية وهذا صحيح اي هذا الجواب صحيح وهو انه يضمن اذا كان الفناء مشتركا او كان لجماعة المسلمين قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا احتفر الرجل بئرا في طريق مكة او غير ذلك من الفيافي فلا ضمان عليه في ذلك وليس هذا كالامصار

لانه غير متعد فيما فعل لان الفنا في محل الاباحة الاصلية لا حق لاحد فيها ولا
اختصاص فمن سبق بيده تصرفا فيه صار اخص به ولهذا يملك تلك الحفيرة
فصار عند الفراغ منه بمنزلة المملوك له قال الا ترى انه لو ضرب
هناك فسطاطا او اتخذ تنورا يخبز فيه او ربط دابة لم يضمن ما اصاب ذلك ه
اشار بذلك الى انه يتصرف في موضع هو سبيل منه فلا يوصف فعله بالتعدي وقالوا
هذا اذا حفر في غير ممر المسلمين اما اذا حفر في ممرهم ينبغي ان يضمن لانه
متعد فيما فعل وصار ذلك وطريق الامصار سواء قوله ولو حفر
في الطريق ومات الواقع فيه جوعا او غما لا ضمان عند ابي حنيفة وهذه
من مسايل الاصل ذكرها تفريعا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
ثم الضمان انما يجب على الحافر وعلى الامر بالحفر اذا مات الساقط بالسقوط اما
اذا مات فيه جوعا فانه لا يجب وعن ابي يوسف انه اذا مات فيه غما يجب
وان مات جوعا لا يجب وعن محمد انه يجب في الوجهين لانه سبب لوقوعه
فيه جوعا وغما لولا ذلك لما اصابه هذا وابو يوسف يقول موته غما
بسبب فساد هواء البير فصار ذلك مضافا الى الحافر اما الجوع فلا نسبة
له الى الحافر بوجه وفي ظاهر الرواية لا يجب لانه يضاف الى الحفر ما هو
من لوازمه والسقوط من لوازمه ه اما الجوع والغم فليس من لوازم السقوط
وقوله غما اي اختناقا بسبب العفونة ماخوذ من قولهم يوم غم اذا
كان ياخذ النفس من شدة الحر قوله وان استاجر اجراء لحفر والله
بيرا في غير فنايه فذلك على المستاجر ولا شي على الاجراء ان لم يعلموا انها في غير
فنايه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فان
كان استاجر عليهما اجراء لحفرها فذلك على المستاجر ولا شي على الاجراء اذا لم

يعلموا انها في غير فنايه وان علموا ذلك فالضمان على الاجراء دون الامر لانهم لك
اذا لم يعلموا انها في غير فنايه او في غير ملكه كان امره صحيحا من حيث الظاهر وقد
كان لنقل الفعل الى الامر وهذا لانا لو قلنا ان نقل الفعل بقضية
الاجارة يعتمد صحة الامر حقيقة اذى الى الضرر بالاجراء اذ يمتنعون عن العمل
لغيرهم مخافة لزوم العهدة وبالناس حاجة فجعلنا الصحة من حيث الظاهر لصحة
الامر من حيث الحقيقة لنقل الفعل الى المستاجر واذا عرفوا انه في غير فنايه فقد
عرفوا ان امرهم بامر باطل فلا ينتقل فعلهم اليه فان قالوا ينبغي ان يضمنوا
ثم يرجعوا بالضمان على الامر كالمودع اذا استحقت الوديعة في يده وقد هلكت فانه
يضمن ثم يرجع بذلك على المودع لانه امين لحقه العهدة بسبب عمل وقع له باشره
قلنا لا يشبه هذا فصل الوديعة لان ثمة سبب الضمان متعدد كما وجد من
المودع وجد من المودع ولهذا خيرناه في التضمين ولكن لو ضمن المودع يرجع
عليه لانه ضمن سلامته في الذي عمل فيرجع عليه بحكم الكفالة دلالة ه اما هنا
فسبب الضمان واحد فاما ان يقرر في موضعه او ينقل والقول بالنقل ممكن
لانه بانى عمله او اثر عمله وقد سلمه الى من هو سبيل من التسليم اليه فخرج من البين
ولانا لو قلنا باتباع الاجراء اذى الى ابطال حقوق الناس لان الاجراء
لما يغرمون بخلاف المودع قال وان كان في فنايه فهو على الامر دون
الاجراء ان علموا او لم يعلموا يعني علموا انه ملكه او لم يعلموا انا اذا لم يعلموا فظاهر
وكذلك اذا علموا لان الاشتباه قايم مقام هذا لانهم متى راوه ينتفع به انتفاع
الملك من القوافل عنده والركوب وربط الدابة وحط الرحل يقع عندهم انه هذا
النوع من التصرف وقد ذكرنا انه في موضع اشتبه الامر جاز نقل فعل الاجير اليه
لما ذكرنا ان صحة الامر ظاهرا كاف لنقل الفعل الى الامر قال في الكتا

بلغنا نحو ذلك عن شريح كذا في شرح الكافي وقال القدوري في شرحه
إذا كان في فنائه فقد روي عن شريح أنه ضمن عمرو بن الحارث دية بغلة وقعت
في بئر حفرها وقد كان عمرو بن الحارث أحد الرؤساء وهو لا يحفر بئرا بنفسه
وإنما يستأجر من يحفرها وقد ضمنه شريح بحضرة السلف قوله وإن قال
لهم هذا فنائي وليس لي حق الحفر في القديم فحفروا فمات فيه إنسان فالضمان
على الأجراء قياسا لأنهم علموا بفساد الأمر فما غرهم وفي الاستحسان الضمان
على المستأجر قال في الفتاوى الصغرى ولو استأجر رجلا يحفر له بئرا
في فناء داره فحفر بئرا وفرغ من العمل ثم وقع فيه إنسان إن كان أخبر المستأجر
أن له حق الحفر فالضمان على الآمر وإن كان أخبره أن ليس له حق الحفر فالقياس
أن يكون الضمان على الأجير وفي الاستحسان يجب على الآمر إن كان بعد
الفراغ من العمل بخلاف الأمر بذبح الشاة وإشراع الجناح لأن هناك إذا لم يعلم
المأمور بفساد الأمر يضمن ثم يرجع على الآمر وهنا لا يضمن المأمور أصلا لأن هناك
هما مباشران والمباشر يضمن متعديا كان أو لم يكن لكن يرجع إذا كان مغرورا
وههنا كل واحد منهم متسبب والمتسبب إنما يضمن إذا كان متعديا والمتعدي
ههنا الآمر دون المأمور قوله قال ومن جعل قنطرة بغير إذن
الإمام فتعمد رجل المرور عليها فعطب فلا ضمان على الذي جعل القنطرة وكذلك
إن وضع خشبة على الطريق فتعمد رجل المرور عليها أي قال في الجامع الصغير
وذلك لأن الذي نصب القنطرة على نهر بغير إذن الإمام متعد إذا لم يكن
ثمة قنطرة في القديم ولكنه متسبب وإنما يضاف الحكم إلى صاحب السبب إذا لم يكن
صاحب العلة صالحا لإضافة الحكم إليه بأن كانت مباحة فأما إذا استويا في
العدوانية فالإضافة إلى صاحب العلة لأنها بالإضافة أولى لكونها أقوى فلما

تعمد المرور على القنطرة أو على الخشبة فقد تعدى وظلم نفسه فلا يضاف إلى المسبب
كمن حفر بئرا على قارعة الطريق فجاء إنسان فأوقع نفسه فيها لا يجب الضمان على
الحافر وكذا هذا فصار كرجل أوقف دابته على الطريق فجاء إنسان فنخسها فنفحته
أو كدمته لا يجب الضمان على الموقف لأن تخلل فعل فاعل مختار بين السبب والحكم
يقطع نسبة الحكم إلى السبب كالحافر على قارعة مع الدافع حيث يضاف الضمان إلى
الدافع لا إلى الحافر قوله قال ومن حمل شيئا في الطريق فسقط على إنسان
فعطب به فهو ضامن وكذلك إذا سقط فتعثر به إنسان وإن كان رداء فلبسه
فسقط فعطب به إنسان لم يضمنه أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه
محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يحمل الشيء في الطريق فيسقط منه ذلك
الشيء فيعطب به إنسان فيموت قال الحامل ضامن وإن كان رداء هو لابسه
فسقط عنه فعطب به إنسان قال لا يضمن وقال أيضا فيه عن يعقوب عن
أبي حنيفة في الرجل يسوق دابة عليها سرج فيقع السرج على إنسان فيقتله قال
السائق ضامن إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير والفرق أن حمل الشيء
على الرأس أو العاتق يحفظ له قصدا فإذا قصر حتى سقط كان ذلك مضافا إليه
فصار بالحمل متسببا له وهو مباح مقيد بشرط السلامة فإذا أضيف إليه التلف
كان ضامنا وكذلك السرج من الأحمال فأما الرداء فتابع لبدنه ليس لبسه
للحفظ بل الحفظ فيه تبع فلم يجعل سقوطه مضافا إليه فلم يضمن وقال
الكرخي في مختصره قال محمد قال أبو حنيفة إذا كان الرجل يمشي في الطريق وعليه
شيء لابسه سيف أو طيلسان أو غيره فوقع ذلك عنه فعطب به عاطب فقتله
أو وقع على إنسان فأعطبه أو وقع في الطريق فعثر به عاثر فلا ضمان عليه في شيء من
ذلك ولو لم يكن لابسا لذلك ولكنه كان حاملا له فوقع منه على إنسان فقتله

او وقع منه نعثر به عاثر فهو ضامن لدية من هلك بذلك الى هنا لفظ الكرخي رحمه
الله وذلك لان ما يلبسه الانسان وليس يمكنه الاحتراز منه وما لا يمكن الاحتراز
منه لا يضمن في الطريق لانه لا بد منه والحمل يمكن الاحتراز منه وله منه بد
فما يتولد يضمنون لانه مباح مقيد بشرط السلامة الا ترى ان الله تعالى اباح
الاصطياد دون رمي الصيد فلو انه رمى صيدا فوقع بشاة او انسان ضمن وكذلك لو
رمى مشركا في حال القتال فاصاب مسلما وقد فرض الله تعالى رميه في تلك الحال
فهكذا الاباحة في الحمل فاما اللباس فامر عام يشترك فيه المسلمون جميعا وهم
فيه اسوة ولا بد لكل واحد منه وقال الكرخي ايضا في مختصره
قال محمد وانما نجيز من ذلك ونبطل الضمان فيما كان يلبسه الناس فاما اذا لبس
من ذلك ما لا يلبسونه جعلناه بمنزلة الحامل وضمناه به كما يضمن الحامل الى
لفظ الكرخي قال القدوري وهذا صحيح لان ما لا يلبسه الناس لا تدعو
اليه الحاجة فهو كالحمل فيكون مقيدا بشرط السلامة قوله وهذا
اللفظ اشارة الى قوله فعطب به فهو ضامن قوله يشمل الوجهين
اراد بهما تلف الانسان بوقوع الشيء المحمول عليه وتلفه بالتعثر به بعد وقوعه
في الطريق والفرق [illegible] اي الفرق بين المحمول والملبوس من حيث وجوب
الضمان في الاول دون الثاني قوله بالتقييد بما ذكرناه اي بوصف
السلامة قوله اذا لبس ما لا يلبسه وهو كاللبد والجوالق ودرع الحديد
في غير موضع الحرب والثوب الذي لا يحتاج اليه من حيث الزينة ومن حيث دفع
الحر والبرد قوله قال واذا كان المسجد للعشيرة فعلق رجل منهم
قنديلا او جعل فيه بواري او حصاة فعطب به رجل لم يضمن وان كان الذي فعل
ذلك من غير العشيرة يضمن اي قال في الجامع الصغير وصورته

محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المسجد يكون للعشيرة فيجيء رجل من العشيرة فيعلق
فيه قنديلا او يبسط فيه بواري او حصا فيعطب به انسان قال لا شيء عليه وان
كان الفاعل لذلك من غير العشيرة ضمن ذلك كله وان جلس رجل من العشيرة
في ذلك المسجد فعطب به رجل قال ان كان جالسا في صلاة لم يضمن وان كان
جالسا في غير صلاة ضمن وقال ابو يوسف ومحمد لا يضمن على حال الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا حفر اهل المسجد فيه
بئرا لماء المطر او وضعوا فيه حبا يصب فيه الماء او طرحوا فيه بواري او حصى او ركبوا
بابا وعلقوا فيه قنديلا او ظللوه فلا ضمان فيمن عطب بذلك عليهم لان هذه الامور
من مصالح المسجد واهله متعينون لذلك فلا يوصف فعلهم بالتعدي وكذلك ان فعله
غيرهم باذنهم وان فعل بغير اذنهم فهو ضامن في قول ابي حنيفة وقال ابو
يوسف ومحمد اذا كان مسجد عامة فلا ضمان عليهم استحسانا الا في البناء والحفر
وجه قولهما ان جميع المسلمين في المساجد سواء وقد اذن للمسلمين في عمارته
قال تعالى انما يعمر مساجد الله من امن بالله واليوم الاخر وقال تعالى في بيوت
اذن الله ان ترفع ويذكر فيها اسمه فاذا كانوا سواء كان الكل اهلا للتصرف فيما
فيه مصلحة للمسجد ظاهرا وبسط الحصير وتعليق القنديل وما شاكل ذلك مصالح
فلا يمنع احد من ذلك الا ترى انه لا يمنع من الصلاة فيه فلا يمنع
ايضا مما هو من ضرورات الصلاة وبسط الحصير والاسراج من ضروراتها
بخلاف البناء والحفر ولان سائر الناس متى كانوا ماذونين بالدخول فيه
والجلوس للصلاة فيه والتدريس ونحوه نزلوا من اهل المسجد منزلة المستعير من المالك
في الدار ومعلوم ان للمستعير ان يضع في الدار الحصير والقنديل وليس له
ان يحفر فيها او يبني فكذلك هذا ولابي حنيفة رضي الله عنه ان هذا الرجل

فعل ما فعل حيث لا يملك له ولاية ولا بنيته كما لو حفر بئرا في المسجد فعطب فيها
انسان او بهيمة انه يضمن وانما قلنا ذلك لان غير العشيرة لا يملك ذلك الا
باذنهم ولهم منعه عن ذلك لاختصاصهم بالراي والتدبير فيه الا ترى
ان نصب الامام والقيم وفتح بابه واغلاقه مفوض اليهم ولهذا اذا صلى غير العشيرة
فيه بجماعة فلاهل المسجد ان يصلوا فيه بجماعة من غير كراهية ويكره عكس
ذلك ولان اكثر ما في الباب ان يكون ذلك مباحا وهو غير واجب
لا محالة وكان مقيدا بشرط السلامة بمنزلة العابر وصار كمن وقف في
طريق المسلمين يصلح بين المسلمين انه يضمن ما عطب به وان كان متقربا في ذلك فكذلك
هذا وقصد القربة لا ينافي الضمان اذا اخطا طريق القربة الا ترى
ان من شهد وحده على الزنى يحد حد القذف وان كان اداء شهادته حسبة لله
تعالى متقربا ولكن لما لم يكمل نصاب الشهادة في الزنى وهي شهادة الاربعة
اعتبر قذفا ولا يمتنع ان يكون المسجد لجماعة المسلمين ويختص تدبيره باهله الا
ترى ان رسول الله صلى الله عليه وسلم اخذ مفاتيح الكعبة من بني شيبة
فامره الله تعالى بردها عليهم بقوله سبحانه ان الله يامركم ان تؤدوا الامانات الى
اهلها والكعبة حق لجميع المسلمين وان اختص قوم بتدبيرها قوله وان
جلس فيه رجل منهم فعطب به رجل لم يضمن ان كان في الصلاة وان كان
في غير الصلاة ضمن وهذا عند ابي حنيفة وقالا لا يضمن على كل حال
وهذه من مسائل الجامع الصغير وقال صاحب الهداية تفريعا
عليها ولو كان جالسا لقراءة القران او للتعليم او للصلاة او نام فيه في اثناء
الصلاة او نام في غير صلاة او مر فيه مارا او قعد لحديث فهو على هذا الخلاف
يعني عند ابي حنيفة يضمن وعندهما لا يضمن وقال الحاكم الشهيد في

الكافي واذا قعد الرجل في مسجد جماعة او نام فيه او قام فيه من غير صلاة او نام فيه
فما اصاب بما احدث متوضئا من كما يضمن في الطريق الاعظم في قول ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد لا ضمان عليه وجه قولهما ان هذه الامور مباحة في المسجد
وقد تكون قربة في بعض الاحوال اذا قصد به انتظار الصلاة والمنتظر للصلاة كان
في الصلاة فلو قعد في حال الصلاة لم يضمن وكذلك اذا قعد في حالة هي ملحقة
بالصلاة واستوضح القدوري في شرحه بقوله الا ترى ان الماشي في
الطريق للطاعة لما لم يضمن لم يضمن اذا مشى للمعصية ولان بعض الصحابة
كانوا يبيتون في المساجد وكذلك بعض الصالحين بعدهم كانوا يختارون
اطالة المكث في المسجد فلو كان ذلك امرا غير مستحسن لما اختاروا ذلك ه
ولابي حنيفة انه شغل المسجد بامر لم يوضع له فيتقيد بشرط السلامة كما
لو وقف في طريق العامة او قعد وذلك لان المساجد انما اعدت للصلاة
فيها والذكر لله تعالى قال الله تعالى في بيوت اذن الله ان ترفع ويذكر فيها
اسمه يسبح له فيها بالغدو والاصال فمن شغله بغير ذلك كان متعديا كالطريق
لما وضعت للاجتياز كان القاعد فيها ضامنا فكذا هذا ولئن كان فيه ضرب
اطلاق ولكن يتقيد بشرط السلامة كسائر المباحات فاذا انقلب فسادا تبين
انه محظور عنه واستقام التقييد لانه جائز الترك قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قالوا هذا اذا جلس للحديث فاما
اذا جلس لقراءة القران او للذكر او للتذكير او ما شاكل ذلك من القرب وكذلك
اذا جلس على انتظار الصلاة ينبغي ان لا يضمن لان المساجد اعدت لهذه
الامور وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وان قعد
معتكفا فان مشايخنا اختلفوا فيه فقال بعضهم عند ابي حنيفة يضمن لانه

متعرب جلس لغير الصلاة وقال بعضهم لا يضمن لانه متقرب به وقال
فخر الاسلام ايضا وان كان الرجل الجالس من غير العشيرة فقولنا فيه لا
يشكل لانه بمنزلة الرجل من العشيرة كما قالا في بسط البواري والحصا واما
في قول ابي حنيفة فيحتمل ان يضمن بكل حال وقال بعضهم بل هو عنده في حق
الصلاة بمنزلة العشيرة لان المساجد اعدت لصلاة العامة من غير خصوص
وانما الخصوص فيما يرجع الى الراي والتدبير ولذلك لم يكن لغيرهم حق اقامة
الجماعة لانه مما يفتقر الى الراي والتدبير فاما نفس الصلاة فتستغني عن
ذلك بخلاف تعليق القناديل وبسط البواري والبساط والحصي قال
فخر الاسلام رحمه الله وهذا القول اشبه ه

فصل في الحائط المائل ه

لما ذكر احكام القتل الذي يحصل بمباشرة الانسان او تسببه شرع في بيان القتل
الذي يتعلق بالجماد الذي لا اختيار له اصلا وهو الحائط المائل ه وذكر ما يليه
بترجمة الفصل في اولها لا بلفظ الباب اشارة الى ان ما في هذا الفصل نوع مما
يحدثه الرجل في الطريق وقدم هذا الفصل على الباب الذي يليه وان كان
ذلك الباب يتعلق بما له اختيار وهو الحيوان تناسبا بين الحائط وبين الكنيف
والجرصن ونحوهما **قوله** قال واذا مال الحائط الى طريق المسلمين
وطولب صاحبه بنقضه واشهد عليه بنقضه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه حتى
سقط ضمن ما تلف به من نفس او مال ه اي قال القدوري في مختصره قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا مال حائط من دار رجل على طريق نافذ
او دار رجل فلم يطالب بنقضه ولم يشهد عليه فيه حتى سقط على رجل فقتله او على
متاع فافسده او على حيوان فعطب به فلا ضمان على صاحب الحائط في شيء من ذلك

وان تقدم اليه في هدمه واشهد عليه ثم سقط في مدة قد امكنه نقضه فيها بعد
الاشهاد فهو ضامن وان كان لم يفرط في نقضه وذهب يطلب من يهدمه
فكان في طلب ذلك حتى استاجر من يهدمه فسقط الحائط فقتل انسانا او عقر
دابة او افسد متاعا فلا ضمان عليه وقال محمد والاشهاد ان يقول
الرجل اشهدوا اني قد تقدمت الى هذا الرجل في هدم حائطه هذا فاذا فعل
فقد لزمه نقضه على حال الامكان فان اخر ذلك وفرط فيما وصفت لك ضمن ما
جنى عليه الحائط فان كانت جنايته على انسان فهو على العاقلة اذا كانت نفسا
او دونها اذا بلغ من دية الرجل نصف عشر ديته اذا كان المجني عليه رجلا وان
كان المجني عليه امراة فاذا بلغ ارش جنايتها عشر ديتها وما كان اقل من ذلك
فهو في ماله وما كان في غير بني ادم فهو في ماله حال الى هنا لفظ الكرخي رحمه
الله وجملة ذلك ان من بنى حائطا في ملكه فهو على وجهين اما ان بناه
مائلا او غير مائل فان بناه مائلا الى الطريق او الى ملك غيره فهو ضامن لما تلف
به وان لم يطالب بنقضه لانه تعدى بالبناء في ملك غيره الا ترى ان
هواء البقعة في حكمها ولو بنى في ملك غيره كان متعديا كذلك اذا بنى في هواء
ملك غيره واذا ثبت انه متعد في ذلك ضمن ما تولد منه كحفر البير في الطريق
وان بناه في ملكه غير مائل الى الطريق او الى ملك غيره فلا ضمان عليه فيما
تلف به قبل التقدم اليه بنقضه او الاشهاد عليه وقال بعض اصحاب
الشافعي عليه الضمان كذا في شرح الاقطع لنا ان حق الغير حصل في يده من
غير فعله فلا يضمنه قبل المطالبة اصله الثوب اذا القته الريح في داره ولانها
جناية بسبب فاختلف فيها التعدي وغير التعدي اصله حفر البير ه
فان قيل ما وجب ضمانه اذا تقدم عليه بازالته وجب وان لم يتقدم اليه

كالوهي الحايط مما بلا تيقـن له هنا لان حصل حق الغير في بيته بفعله فضمنه
من غير مطالبة وفي مسئلتنا حصل في بيته بغير فعله فاختلف الضمان بالمطالبة
وعدمها واما اذا تقدم عليه بنقضه واشهد عليه فلم ينقضه مع الامكان حتى
تلف بسقوطه شي فعليه الضمان وقـال اصحاب الشافعي لاضمان عليه
كذا في شرح الاقطع وقـال في شرح الكافي والقياس ان لا يجب عليه شي
لان شرط السقوط وهو الميلان والوهي لا صنع له فيه ولكنا نستحسن
ونوجب الضمان لانه وجد منه صنع موصوف بالتعدي وهو ترك النقض مع
امكان النقض وهـذا لانه لما مال الى الطريق شغل هواء المسلمين فوقع في
يده هواء المسلمين بغير صنعه الا انهم لما طالبوه بالنقض وتفريغ الهواء عن هذا
الشغل لزمه ذلك كمن وقع في يده ثوب انسان لا يكون متعديا في
امساك الثوب ولكن لو طولب بالرد فلم يرد صار متعديا في امساكه بعد ذلك
كذلك ههنا فصار الامتناع عن التفريغ بمنزلة شغل مبتدا باختياره وهو متعد
في ذلك وهو شرط التلف فصار بمنزلة اشراع شي الى الطريق باختياره بشغل هوا
المسلمين ولا كفارة عليه لانه ليس بمباشر فيما اصاب الحايط فـان قيـل ما
ليس بسبب للضمان اذا لم يتقدم اليه بازالته وجب ان لا يكون سببا للضمان اذا
تقدم اليه اصله حفر البير في ملكه واذا اشعل النار في ملكه فطار الجمر اذا
الى ملك غيره قيـل له اذا حفر في ملك نفسه لم تحصل حق الغير في يده
فالمطالبة لا تاثير لها وفي مسئلتنا حق الغير حصل في يده فالمطالبة بازالته
اليد مؤثرة فاختلفاه واما اذا طارت الريح الجمر الى ملك غيره فطالبه
باخذ الجمر ونقله فلم ينقل مع الامكان ضمن ما تلف به فهو مثل مسئلتنا كذا في شرح
الاقطع قولـه فاذا تقدم اليه على صيغة المبني للمفعول من ماضي التقدم

قولـه وكم من ضرر خاص يتحمل لدفع العام منه اي من العام الضرر كما في
الرمي الى الكفار وان تترسوا باسارى المسلمين وكقطع العضو الآكلة عند خوف هلاك
النفس قولـه وتتحملها العاقلة اي يتحملون الدية وانما تحملت
العاقلة جناية الحائط لانها دون الخطاء فكانت اولى بالتحمل بخلاف ما كان
في غير بني ادم فهو في ماله لان ضمان الاموال لا تتحمله العاقلة قولـه
والشرط التقدم اليه وطلب النقض منه دون الاشهاد قـال القدوري
في شرحه لمختصر الكرخي والمعتبر عندنا المطالبة بالهدم وانما يحتاج الى الاشها
لتثبت المطالبة وهذا كما نقول في الشفعة ان المعتبر المطالبة وانما يشهد
لتثبت المطالبة بالشهادة فلو اعترف صاحب الحائط انه طولب وجب عليه
الضمان وان لم يشهد عليه ولو لم يعترف بعد المطالبة لزمه ما فيما بينه
وبين الله تعالى وقد ذكرنا صورة الاشهاد قبل هذا عن مختصر الكرخي قـال
في شرح الاقطع قال محمد ان العاقلة لا تضمن حتى يشهد الشهود على ثلثة اشياء على
التقدم اليه في النقض وعلى انه مات من سقوطه عليه وعلى ان الدار له لان
كون الدار في يده ظاهرا في الملك والظاهر لا يستحق به حق على الغير وسقوطه
عليه بعد التقدم اليه بنقضه سبب للضمان فلابد من ثبوته وقـال في شرح
الطحاوي فاذا انكرت العاقلة واحدا من هذه الاشياء فلا ضمان عليهم حتى
يشهد الشهود بذلك ولو اقر صاحب الدار بهذه الثلاثة لزمه في ماله ولا يجب
على العاقلة قولـه وتقبل شهادة رجل وامرأتين على التقدم لان هذه
ليست بشهادة على القتل يعني لو كانت شهادة على نفس القتل لم تقبل شهادة النسا
لشبهة البدلية ولكنها ليست بشهادة عليه بل هي شهادة على ميلان الحائط فتقبل
شهادة رجل وامرأتين قولـه وشرط ترك النقض في مدة يقدر فيها على نقضه

فيها اي شرط القدوري ترك النقض لوجوب الضمان في مدة يقدر على نقضه
فيها لانه قال واشهد عليه فلم ينقضه في مدة يقدر على نقضه فيها وذلك ربما
لا يتمكن من النقض اما لجهله بذلك واما لعدم الالة فلا بد من زمان يقدر
فيه على النقض حتى يكون بتركه بعد ذلك متعديا قوله ويستوي ان يطالبه
بنقضه مسلم او ذمي وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان الطريق
حق لجميع اهل دار الاسلام فاذا طالب الذمي بذلك فقد طالب بما له فيه حق
فصحت مطالبته وكذلك لو طالبت به امراة او صبي او غريب من بلد اخر لان جميع
هولاء لهم المرور في الطريق فصحت مطالبتهم لثبوت حقهم كذا في شرح الاقطع وقال
في شرح الطحاوي اذا مال الحائط الى الطريق العام فان الخصومة فيه الى واحد
من الناس مسلما كان او ذميا بعد ان يكون حرا بالغا عاقلا او كان صغيرا
اذن له وليه في الخصومة او كان عبدا اذن له مولاه في الخصومة واذا تقدم
الى صاحب الحائط بان حائطك مال فارفعه كفاه ذلك ولو مال الحائط
الى سكة غير نافذة فالخصومة لواحد من اهل السكة ولو مال الى دار جاره
فالخصومة الى صاحب تلك الدار ان كان هو فيها وان كان هو مستعيرا او
مستاجرا فالاشهاد الى الساكن لا الى غيره كذا في شرح الطحاوي قوله
ويصح التقدم اليه عند السلطان وغيره قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو
شهد عليه في حائطه شاهدان او رجل وامراة عند السلطان او عند غير السلطان
فلم ياخذ في نقضه عند ذلك فهو ضامن لما اصاب قوله قال وان مال
الى دار رجل فالمطالبة لمالك الدار خاصة اي قال القدوري في مختصره وذلك
لانه حق يختص بمالك الدار وكانت المطالبة اليه خاصة وان كان فيها سكان
فالمطالبة اليهم وذلك كالمستاجر والمستعير لان لهم حق المطالبة بازالة ما شغل

الدار فكذا لهم المطالبة بازالة ما شغل هواها قال الشيخ ابو الحسن الكرخي
رحمه الله واذا مال الى الطريق فاشهد رجل عليه ثم استاجل الذي اشهد عليه ان يوخره
او استاجل الحاكم فاجله فالتاجيل باطل لا يبرا من شيء وهو على حاله الاول وان
كان الميلان الى دار رجل فاجله صاحب الدار او ابراه منه او فعل ذلك ساكن
الدار فذلك جائز ولا ضمان عليه فيما جنى الحائط الى هنا لفظ الكرخي والفرق
بينهما ان الحائط اذا مال الى الطريق فالحق لجماعة المسلمين فاذا طالب احدهم تعلق
الضمان بالحائط بحق الجماعة فاذا اجله احدهم او اجله الحاكم فقد اسقط حق نفسه
وحق غيره وذلك لا يجوز واما صاحب الدار فالحق له وكذلك الساكن فاذا اجل او
ابرا فقد اسقط حق نفسه فلذلك جاز وقال الكرخي ايضا وكذلك
لو ان رجلا وضع في دار رجل حجرا او حفر فيها بيرا او بنى فيها بناء او ابراه صاحب الدار
منه كان بريا ولا يلزمه ما عطب بشيء من ذلك كان صاحب الدار او دخل عليه
وكان صاحب الدار فعل ذلك وهذا لان الضمان انما يجب لحق صاحب الدار
فاذا ابراه فقد اسقط حق نفسه فصار كان هذا الفعل وقع باذنه ابتدا قوله
ولو باع الدار بعد ما اشهد عليه وقبضها المشتري بري من ضمانه ذكرها تفريعا ولا
تفاوت الحكم اذا سقط الحائط بعد ما قبضه المشتري او بعد ما ملكه وبه صرح
الكرخي في مختصره وذلك لانه لما باع صار بحال لا يملك فيها النقض والضمان
انما يجب عليه بترك النقض فاذا لم يتمكن منه لم يضمن وليس هذا كمن اشرع جناحا الى
الطريق ثم باع الدار وباع الجناح فوقع على انسان ضمن البايع لان نفس الوضع جناية
فزوال ملكه عنه لا يغير حاله وليس كذلك في مسالتنا لان بناء الحائط لم يكن
جناية وانما الجناية ترك النقض واذا صار لا يملك النقض في حال الوقوع خرج فعله
من ان يكون جناية قال الكرخي في مختصره وكذلك كل من اشهد عليه

من لا يجوز نقضه فانه لا يضمن وان كانت الدار في يد مثل المرتهن يشهد عليه او المستاجر
او المستعير او المودع وذلك لانهم لا يملكون النقض فلا يصح مطالبتهم به قال
فان اشهد على المالك صح ذلك ويصح على الراهن لانه يقدر على قضاء الدين وهدم
الحايط فصار مفرطا بالترك وقال الكرخي ايضا واذا اشهد على
الوصي او الاب في هدم حايط لصغير في حجرهما لزمه النقض فان لم ينقض حتى سقط
فما لحق من جناية فهي لازمة للصبي فما كان مما يلزم في مال البالغ فهو في مال
الصغير وما كان على العاقلة فهو على العاقلة الى هنا لفظ الكرخي وذلك لان
الولي يملك النقض فالاشهاد عليه كالاشهاد على المالك **قوله** على ما
ذكرناه اشارة الى ما ذكر في باب ما يحدثه الرجل في الطريق بقوله ولو اشرع
جناحا الى الطريق ثم باع الدار فاصاب الجناح رجلا فالضمان على البايع ه
قوله والى ابي اليتيم ه اي الى ابي الصبي لانه لا يتم مع وجود الاب **قوله**
وذكر الام في الزيادات ه يعني اذا تقدم الى ام الصبي في حايط مايل لصغير
لزم الضمان وفيه نظر لانه لم يذكر في الزيادات الام بل ذكر الاب
والوصي كما في الاصل **قوله** والى المكاتب ه اي يصح التقدم الى المكاتب
في حايط له مايل بيانه فيما قال فخر الاسلام في شرح الزيادات مكاتب له حايط
مايل الى الطريق الاعظم فاشهد عليه ثم سقط فاتلف انسانا فعلى المكاتب الاقل من قيمته
ومن دية المقتول فان اذى المكاتب فعتق ثم سقط فاتلف انسانا ففيه دية القتيل
على عاقلة مولاه بخلاف ما اذا اخرج كنيفا او جناحا ثم عتق ثم وقع وقتل
انسانا كان عليه الاقل من قيمته ومن الدية والفرق ما قلنا ان جناية الحايط
كالمبتدا في كل وقت فكانه قتل بعد الحرية قتيلا ابتداء فاما اخراج الجناح والكنيف
فجناية واقعة فلم تجعل مبتداء بعد العتق بل كان مضافا الى حال الرق وقال واذا

عجز المكاتب ثم سقط الحايط المايل فاتلف انسانا فدمه هدر لانه لما كان
كالمستانف في كل وقت كان من شرطه دوام القدرة وقد بطل ولا شي على المولى
لعدم الاشهاد عليه فاما في الجناح والكنيف فيجب على المولى ان يدفعه او يفديه
لانه استند اليه فكانه جنى في حال رقه فصار كانه حفر بيرا ثم عجز ثم وقع فيها
انسان فعطب بها **قوله** والى العبد التاجر ه اي يصح التقدم الى العبد
التاجر في حايطه المايل قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا تقدم الى
العبد التاجر في حايطه فقتل انسانا وعليه دين او لا دين عليه فهو على عاقلة مولاه — فاصاب
وان اصاب متاعا فهو في عنق العبد قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي
في شرح الكافي والقياس في المسالة الاولى ان يكون على المولى لان الاشهاد
وجد على العبد وصح لان له ولاية التفريغ فصار كجنايته بيده ولو كان كذلك يجب
على مولاه ان يفديه او يدفع كذلك هذا ولهذا يجب ضمان المتاع في عنقه لان
الاشهاد وقع عليه فيكون الموجب عليه كانه جنى بيده وجه الاستحسان وهو
وجوب الدية على العاقلة ان الاشهاد من وجه كانه على المولى لان الحايط مملوك المولى
والعبد متصرف للمولى كانه وكيل المولى فعلى هذا تجب الدية على عاقلة المولى كان
الجاني هو المولى ومن وجه الاشهاد عليه لان العبد مالك من وجه تصرفا ويدا
ولكن عند التردد اعتبار جانب المولى اولى في الدماء لان ذمة العبد غير قابلة
لموجب جناية الدم لانه يشبه الصلات والعبد ليس باهل ذلك وذمة المولى قابلة — بلة
فكان اعتبار الاشهاد على المولى اولى وفي الاموال امكن اعتبار الاشهاد على العبد
كما امكن اعتبار الاشهاد على المولى ومالكية العبد اظهر فكان اعتبار الاشهاد
على العبد اولى **قوله** ويصح التقدم الى احد الورثة في نصيبه ذكره على سبيل
التفريع ايضا وقال الكرخي في مختصره وان كانت دار بين ورثة فاشهد على

بعضهم ولم يشهد على جماعتهم فسقط الحائط فلا ضمان على الذي اشهد عليه في القياس قال
محمد ولكنا نستحسن ونلزمه بقسطه مما يملك منه وكذلك الحائط يكون بين شركاء
وليسوا بورثة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وانما لم يجب الضمان على احد الورثة
منهم في القياس لان الذي اشهد عليه لا يتمكن من النقض وحده فلم يكن متعديا
بترك النقض وغيره لم يشهد عليه فلم يكن احد منهم مفرطا بترك النقض فلم يجب الضمان
وفي الاستحسان يجب الضمان على الذي اشهد عليه ضامنه في نصيبه لانه كان بسبيل
من التفريغ بمباشرة طريقه وهو المرافعة الى القاضي بمطالبة شركائه وحيث لم يفعل
ذلك صار مفرطا فوجب الضمان بقسطه كما ان رجلا لو استاجر دابة ليحمل عليها قفيزين
من حنطة الى موضع معلوم فحمل عليها ثلاثة اقفزة ضمن ثلث قيمتها وهو مقدار الزيادة
قال الطحاوي في مختصره واما ابو يوسف ومحمد فكانا يجعلان عليه من الدية
نصفها وذلك لان انصباء الآخرين كنصيب واحد لانه لم يجب به ضمان فهو مثل ان
يجرح رجلا ويعقره سبع وتنهشه حية فيموت من جميع ذلك فعلى الجارح النصف
لان عقر السبع ونهش الحية لما لم يتعلق به ضمان صارا كالشيء الواحد فكذلك
انصباء الآخرين كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الكرخي **قوله**
ولو سقط الحائط المائل على انسان بعد الاشهاد فقتله فعثر بالقتيل آخر فعطب
لا يضمنه اي لا يضمن صاحب الحائط الذي تعثر بالهالك قال في شرح الطحاوي
ولو اشهد الحائط فسقط فقتل بنقضه او ميزابه انسانا فهلك يضمن في قول ابي
حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف ما تلف بالنقض لا يضمن الا اذا اشهد على
النقض لان الاشهاد على الحائط لا يكون اشهادا على النقض ولو لم يتعلق
بالنقض ولكن تعقل بميت مهلك بالحائط لم يضمن بالاجماع لان رفع الميت ليس على
صاحب الحائط ولكن رفع النقض اليه قال في شرح الزيادات ولو كان

مكان الحائط جناح اخرجه الرجل لصاحب من عطب بالعثرة على القتيل مضمونا على عاقلة
الذي اخرج الجناح لما قلنا انه بمنزلة مباشرة الجناية ومن القى في الطريق شيئا كان
جانيا ضامنا لما عطب به وان لم يملك تفريغه ولو اشهد على حائط لم يبل يعني فالاشهاد
باطل وانما يصح الاشهاد اذا كان واهيا او مايلا او محوفا عليه او متصدعا **قوله**
لان التفريغ عنه الى الاولياء اي اليهم اي لان تفريغ الطريق عن الميت الى الاولياء
لا الى صاحب الحائط لانهم هم الذين يتولون امر الميت من التجهيز والتكفين
قوله لان التفريغ اليه اي لان تفريغ الطريق عن نقض الحائط الى صاحب
الحائط **قوله** ولو عطب بجرة كانت على الحائط فسقطت بسقوطه وهي
ملكه ضمنه لانه على سبيل التفريغ ايضا قال فخر الاسلام في شرح الزيادات
حائط مائل اشهد على صاحبه فوضع صاحبه او غيره جرة عليه فسقط ورمى بالجرة فاصاب
انسانا فقتله فذلك على عاقلة صاحب الحائط ولو عثر بالجرة رجل فعطب كان
هدرا بخلاف الجناح لو رماه والفرق ما بينا فان كانت الجرة ملكا لصاحب
الحائط كان ضامنا لما عطب بنقض الجرة **قوله** قال واذا كان الحائط
بين خمسة رجال اشهد على احدهم فقتل انسانا ضمن خمس الدية ويكون ذلك على عاقلته
اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه في حائط لخمسة رجال مال او وهى فاشهد على واحد منهم فوقع على انسان فقتله
قال يضمن الخمس من الدية وقال يعقوب عن ابي حنيفة في دار بين ثلاثة
نفر حفر احدهم فيها بئرا او بنى حائطا فوقع انسان في البئر فمات او عثر بالحائط فمات
قال على الحافر والباني ثلثا الدية وقال يعقوب ومحمد عليه نصف الدية في
المسالتين جميعا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه الجملة من الخواص وجه
قولهما ان نصيب من لم يوجد الاشهاد عليه ونصيب الحافر في المسالة الثانية هدر

وما وراءه معتبر فجعل الهدر جنسا واحدا والمعتبر جنسا والمعتبر لجنس الجراحات لا لعددها كمن جرح انسانا ولدغته عقرب ونهشته حية وعقره كلب كان عليه نصف الدية فكذا هنا وجه قول ابي حنيفة انه لو ملك جميع الدار فحفر فيها بئرا لا يضمن ولو لم يملك شيئا من الدار وحفر فيها بئرا ضمن جميع الدية فاذا ملك البعض دون البعض لا يضمن بقدر ما ملك وكذلك في مسئلة الحائط لو كان اجنبيا لا يصح الاشهاد عليه ولو ملك يصح الاشهاد عليه فيصح بقدر ما ملك اعتبارا للبعض بالكل ولان التلف حصل بعلة واحدة وهو الثقل المخصوص في الحائط والعمق المخصوص في البئر لان اصل الثقل واصل العمق ليس بعلة للتلف لان الجزء اليسير ليس بمهلك فلو كان كل جزء علة لاجتمع كل العلل ولكن ليس كذلك فكان الكل علة واحدة فيضاف الحكم وهو الضمان الى العلة الواحدة ثم ينقسم الحكم على اربابها على قدر الملك كمن استاجر دابة ليحمل عليها كرا حنطة فحمل عليها كرا ونصف كر فتلفت ضمن المستاجر ثلث القيمة لان التلف حصل بالثقل والثلثان كان باذن صاحب الدابة فيعتبر ذلك ويضمن الثلث بخلاف الجراحات فان كل جراحة تصلح علة للتلف مما اضيف الى الكل عند المزاحمة لعدم اولوية البعض بالاضافة اليه ولكن ان لم يصلح البعض لاضافة الحكم يصلح لقطع النسبة عن المزاحم فظهرت المزاحمة في قطع النسبة عن الاخرى وان لم تظهر في حق استحقاق الحكم فجعل مالكا بعلتين فيضاف الى كل واحدة نصفه ضرورة المزاحمة اما في مسئلة الحائط والبئر فالعلة واحدة لما بينا فلا يتقدر اعتبار العلة في حق كل واحد منهم فينقسم الحكم على اربابها وكان القياس في صورة الاشهاد على الحائط ان لا يجب الضمان لان الواحد لا يملك اصلاح الحائط وحده الا بشركائه فلما لم يشهد على شركائه ينبغي ان لا يجب على واحد منهم شيء ووجه الاستحسان انه يصير الذي

اشهد عليه حصته لانه صح الاشهاد عليه في حصته لانه لا يمكن الاشهاد عليهم جملة وانما يشهد على واحد واحد فاذا صح الاشهاد عليه في حصة نفسه يجب عليه الضمان في حصة نفسه قوله في الفصلين اي في فصل الحائط المائل المشترك بين خمسة وفي فصل دار بين ثلاثة حفر احدهم فيها قوله وهو الثقل المقدر والعمق المقدر اراد بذلك الثقل المهلك والعمق المهلك لا مجرد الثقل ومجرد العمق لان اليسير من ذلك لا يصلح علة للتلف

باب جناية البهيمة والجناية عليها

وكان من حق هذا الباب ان يذكر بعد باب جناية المملوك لفضيلة النطق في المملوك الذي هو العبد ولكن لما كانت البهيمة ملحقة بالجمادات من حيث عدم العقل والنطق الحق هذا الباب بباب ما يحدثه الرجل في الطريق ذكرنا من الخص ونحو ذلك قوله قال الراكب ضامن لما اوطات الدابة ما اصابت بيدها او رجلها او راسها او كدمت او خبطت وكذا اذا صدمت ولا يضمن ما نفحت برجلها او ذنبها اي قال في الجامع الصغير وقوله ما اصابت تكرار من قوله لما اوطات وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يكون على الدابة وهو يسير عليها قال يضمن ما اصابت بيدها او برجلها او راسها او كدمت او خبطت الا النفحة بالرجل او النفحة بالذنب فانه لا يضمنه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال الحاكم الشهيد في الكافي واذا سار الرجل على دابة اي الدواب كانت في طريق المسلمين فاوطات انسانا بيد او رجل وهي تسير فقتلته فديته على عاقلة الراكب وذلك لانه مستعمل للدابة بالنقل من مكان الى مكان وهي محمولة على هذا الفعل من جهته فصارت جنايتها بمنزلة جنايته غير انه خاطئ فوجبت الدية على عاقلته والكفارة لانه قاتل حقيقة ولا يضمن ما نفحت

برجلها وهي تسير فانه غير مستعمل اياها في النفحة فلا يصير بها قاتلا حقيقة وان
كان سببا لذلك على معنى انه لولا تسييره في ذلك الموضع لما حدث هذا الاثر
ولكنه ليس بمتعد في التسيير في سوق المسلمين والسبب المحض انما يلحق بالمباشرة
بوصف التعدي وقد عدم فلا يوصف به قال وان كدمت انسانا بفيها
او صدمت برأسها او خبطت بيدها فهو ضامن وقال ابن ابي ليلى
هو ضامن في جميع الوجوه لانه مستول على الدابة بالركوب فصار فعلها كفعله
ولكنا نقول انما يضاف فعل الدابة اليه بواسطة الحمل ولا حمل في هذه
الافعال ولكن يلزمه حفظ الدابة وصيانتها عما في وسعه صيانتها وفي
وسعه صيانة الدابة عن الكدم والصدم والخبط فمتى قصر في ذلك حتى وقع ما
وقع صار متعديا فيه فأخذ به وليس في وسعه صيانتها عن النفحة والضرب
بالذنب فلا يوصف بالتعدي فيه لكونه غير مقصر فيه فلا يؤخذ بالضمان كذا في
شرح الكافي والاصل في ذلك ما قال القدوري في شرحه ان المشي
في الطريق مباح بشرط السلامة وكل ما تولد من السير مما يمكن الاحتراز منه فهو
مضمون الا ترى انه مأذون في المشي فلو ضمن ما لا يمكن الاحتراز
منه كان ذلك منعا من التصرف وما يمكن الاحتراز منه لا يؤدي ضمانه
الى المنع من التصرف لانه يقدر ان يتحفظ منه ولهذا قال اصحابنا ان ما
كان من الغبار بالمشي او بسير الدابة لا يضمن ما تولد منه لانه لا يمكن الاحتراز
منه وكذلك ما اثارت الدابة بسنابكها من الحصى الصغار لانه لا يمكن
الاحتراز منه في السير فاما الحصى الكبار فان الراكب يضمن ما تولد منه
لان ذلك لا يكون الا بالعنف على الدابة في السير وقالوا في شرح
الجامع الصغير وان اوقفها في الطريق ضمن النفحة ايضا لان صيانة الدواب عن

حا الوقوف ممكنة وان كانت غير ممكنة عن النفحة فصار الايقاف تعديا او مباحا
مقيدا بشرط السلامة قوله يقال اوطأته دابتي فوطئته فعلى هذا كان ينبغي
ان يقال الراكب ضامن لما وطئته الدابة ولكن يجوز ان يكون مفعول الايطاء
محذوفا كقولك فلان يعطي وتقديره اوطأت الدابة يدها او رجلها انسانا
م والكدم العض بمقدم الاسنان كما يكدم الحمار والخبط الضرب باليد والصدم
هو ان تضرب الشيء بجسدك ونفحت الدابة الشيء اذا ضربته بحافرها قوله
قال وان اصابت بيدها او رجلها حصاة او نواة او اثارت غبارا او حجرا صغيرا
ففقأت عين انسان او افسدت ثوبه لم يضمن وان كان حجرا كبيرا ضمنه اي قال في
الجامع الصغير وذلك لان الاحتراز عن ذلك غير ممكن فلا يؤخذ بالضمان
الا ترى انا نجعل سير الدابة كسيره بنفسه ولو سار بنفسه فاصاب برجله
هذه الاشياء فاصاب انسانا فقتله لا ضمان عليه لانه من ضرورات تسييره
وهو مباح الا اذا كان حجرا كبيرا فيضمن حينئذ لانه يمكن صيانة الدابة
عن مثل هذا فالظاهر انه انما وقع هذا من قبل عنفه في امر السوق فيوصف
بالتعدي فيؤخذ به قوله والمرتدف فيما ذكرنا كالراكب قال
الحاكم الشهيد في الكافي والراكب والرديف والسائق والقائد في الضمان
سواء بلغنا ذلك عن شريح الا انه لا كفارة على السائق والقائد في وطء الدابة
ولا يحرمان عن الميراث وذلك لان الدابة مجبولة في السير على ارادتهم
يصرفونها كما شاؤوا الا ان السائق والقائد مسببان للقتل على معنى انه لولا
السوق والقود لم يوجد وطء الدابة والكفارة جزاء مباشرة القتل
بخلاف الراكب والرديف فانهما مباشران للقتل حقيقة بثقلهما فتلزمهما
الكفارة ويحرمان عن الميراث كالنائم اذا انقلب على انسان قوله قال

وان بالت او راثت في الطريق وهي تسير فعطب به انسان لم يضمن ه اي قال
القدوري في مختصره وقال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يسير على الدابة فتقف للروث او البول فتروث وتبول فعطب انسان
بروثها او ببولها قال لا ضمان على الراكب وان كان صاحب الدابة اوقفها
لغير ذلك فراثت او بالت وهي واقفة فعطب انسان بروثها او ببولها ضمن
الى هنا لفظ الجامع الصغير قال فخر الاسلام في شرحه والفرق ان الاحتراز
عن البول والروث غير ممكن فجعل عفوا والوقوف من ضرورته لان الدابة
لا تروث ولا تبول في الغالب الا بعد الوقوف فجعل ذلك عفوا ايضا ولم يجعل
مضافا الى صاحب الدابة فصار هدرا فاما وقف الدابة لامر آخر فليس مما
وضع له الطريق فكان تعديا فلم يجعل ما اتصل به عفوا من التلف وان تعذر
الاحتراز عنه لمن خرج رجلا من رايته وان تعذر الاحتراز عنه ه وكذلك
من حفر بيرا على قارعة الطريق ضمن ما وقع فيه وان تعذر الاحتراز عنه
واللعاب اذا خرج من فم الدابة فابتل الطريق فزلق به انسان فسقط فمات لا ضمان
فيه لانه لا يمكن حفظ الدابة عن مثل ذلك كذا في شرح الكافي قوله لان
المعنى لا يختلف وهو التصرف في الدابة بالتسيير ه قال الكرخي في
مختصره ومن وقف دابته على باب المسجد الاعظم او على باب مسجد من مساجد المسلمين
فهو مثل وقفه في الطريق وان كان الامام قد جعل للمسلمين عند باب المسجد
موقفا يقفون فيه دوابهم فلا يضمنون عليه فيما اصابت به في وقوفها او حدث ضمان ء
منها في ذلك الموقف فان سايرها فيه او قادها فيه فهو ضامن لما تصيبه اذا فعلت
ذلك في الطريق العام المشترك قال القدوري في شرحه وذلك لان
القايد والسايق يتقرب للدابة الى الجناية والاذن في الوقوف في هذا المكان

لا يخرجه من ان يكون طريقا فيضمن في الطريق الا ما تنا وله الاذن ثم قال
الكرخي وكذلك ان كان الموضع قد اذن الامام فيه بمنزلة سوق الخيل والدواب
فلا ضمان على الواقف بدابته فيما كان من دابته من نفح برجل او ذنب او بول او روث
او لعاب وكذلك لو كان الرجل راكبا عليها او واقفا فلا ضمان عليه في شي من
ذلك وكذلك الفلاة من الارض اذا وقف فيها دابته وان كان راكبا عليها
وكذلك طريق مكة اذا كان وقوفه في غير المحجة ناحية عنها فان كان ذلك في
المحجة فالمحجة بمنزلة الطريق السابل في جميع ما وصفت لك وانما اذا كان سا برا
في هذه المواضع التي اذن فيها الامام بالوقوف او سايقا او قايدا فهو ضامن لا
يزيل ذلك عنه اذن الامام ه وانما يسقط عنه ما حدث من وقوف دابته في
هذه المواضع كان راكبا او لم يكن فيما حدث من الوقوف خاصة دون السير
والسوق والقود فاما الواقف في ملكه والسايق فيه والقايد والسايير
فلا ضمان عليه في شي من ذلك الا فيما وطيت بيد او رجل فانه بمنزلة جنايته بيده
الا ترى انه يلزمه الكفارة فيما وطيت بيد او رجل ولا يلزمه الكفارة
في غير ذلك ه والرديف والراكب سوا في جميع ذلك وسوا كان الذي لحقته
الجناية ماذونا له في دخول الملك او غير ماذون ه وكذلك لو كان في
الملك كلب عقور فعقر من في الدار من اذن له بالدخول في الدار او لم يوذن
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان ترك الكلب في الملك ليس
بتعد فما تولد منه لا يضمن ه قوله فلا يلحق به اي لا يلحق الايقاف
بالسير اي لا يجعل حكمه كحكم السير يعني اذا راثت الدابة او بالت في حالة
السير لا ضمان في ذلك لانه لا يمكن السير بلا روث وبول اصلا فكان
من ضرورات السير وكذا اذا اوقفها لذلك فوجد هنا ذلك فاما اذا اوقفها

لغير ذلك لأمر آخر فراثت او بالت يجب الضمان لأن الايقاف لغير ذلك ليس
من ضرورات السير وأيضا الايقاف لدوامه أكثر ضررا بالمارة من نفس
السير فلم يكن في معنى السير فلم يلحق بالسير في عدم وجوب الضمان قوله
والسائق ضامن لما اصابت بيدها او رجلها والقائد ضامن لما اصابت
بيدها دون رجلها وهذا لفظ القدوري في مختصره قال صاحب
الهداية والمراد النفحة اي المراد من قوله او رجلها ودون رجلها النفحة بالرجل
لأن القائد يضمن وطء الرجل وكذا السائق يضمنه ه اما النفحة بالرجل فهل يضمنها
السائق ام لا قال القدوري يضمنها السائق ولا يضمنها القائد ه
والفرق ان النفحة بالرجل بمرأى من السائق فامكنه الاحتراز عن ذلك
فوجب عليه الضمان لأنه قرب الدابة الى الجناية مع امكان الاحتراز بخلاف
القائد فانها ليست بمرأى عينه فلم يمكنه الاحتراز عن ذلك وهكذا فرق
القدوري في النفحة في مختصره بين السائق والقائد ولكن ظاهر الرواية بخلاف
ذلك الا ترى ان الحاكم الشهيد قال في مختصره والراكب والرديف والسائق
والقائد سواء في الضمان الا انه لا كفارة على السائق والقائد في وطء الدابة
ولا يحرم به عن الميراث وقال الكرخي في مختصره فان نفحت الدابة
برجلها وهي تسير او بذنبها فلا ضمان على الراكب ولا السائق ولا القائد ولا
الرديف لما روي ان النبي صلى الله عليه وسلم قال الرجل جبار وهو ما
لا يمكن الراكب التحفظ منه الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وعلى هذا
اكثر مشايخنا رحمهم الله لأن الاحتراز لا يمكن من النفحة وانما يمكن من
الايطاء والصدم وما لا يمكن الاحتراز عنه لا يضمن وكذلك ما اصابت بذنبها
فهو كرجلها لأنه لا يمكن الاحتراز عنه قوله وقال الشافعي يضمنون

النفحة كلهم ه اي يضمنها الراكب والسائق والقائد لأن فعل الدابة مضاف اليهم
لأن سيرها بتسييرهم ولنا ما روى ابو داود في سننه باسناده الى الزهري
عن سعيد بن المسيب عن ابي هريرة رضي الله عنه عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
قال الرجل جبار ه بيانه ان المراد منه اما ان يكون الوطء بالرجل و
النفحة والأول ليس بمراد بالاجماع لأنه ليس بجبار فيتعين الثاني والأمر
القاء النص عن الفائدة قوله وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره ه
جواب عن قول الشافعي ان فعل الدابة مضاف اليه يعني يكون فعلها كفعل
صاحبها فيضمن فقال انما ينتقل فعل الفاعل الى غيره اذا كان التخويف بالقتل
لا بالضرب كما في الاكراه الكامل ينتقل لا في القاصر وهنا التخويف بالضرب لا
بالقتل وفيه نوع وهي والجواب الصحيح لنا على الخصم ما قلنا من المعقول اولا
ومن بيان الحديث ثانيا قوله قال وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه
الراكب ضمنه السائق والقائد ه وذلك لأن سير الدابة مضاف الى السائق والقائد
كما يضاف الى الراكب فلزمه الحفظ عما يمكن الحفظ والاحتراز عنه ووضع عنه ما
ليس في وسعه فاذا اضيف اليه ضمنه كأنه فعله بيده الا انه لا يكون على
السائق والقائد الكفارة وعلى الراكب الكفارة فيما اوطأت الدابة ولأن
فعل الراكب على الدابة اتصل بالقتيل فصار مباشرا بمنزلة الرامي ه فأما السائق
والقائد فلم يتصل اثر فعلهما بالقتيل بل فعلهما تسبيب والكفارة جزاء الفعل وهو
القتل فلم يجب على المسبب الذي هو دون المباشر في استحقاق الجزاء وهو كحافر
البئر وواضع الحجر فانه لا كفارة على الحافر والواضع فكذا هنا قوله وكذا
الراكب في غير الايطاء ه اي لا كفارة على الراكب في غير الايطاء كالنفحة بالرجل والذنب
لأنه مسبب في ذلك واما الكفارة عليه في الايطاء لأنه مباشر فيه لأن التلف

حصل بثقله وبفعل الدابة جعل تعالى له حيث كان سيرها مضافا اليه قوله ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما اوطأت الدابة يعني لا يشتركان في الضمان بل يجب الضمان على الراكب لان الراكب صاحب علة والسائق صاحب سبب والاصل في اضافة الحكم هو السبب وقيل يشتركان فيكون نصف الضمان على الراكب ونصفه على السائق قال الكرخي في مختصره ولو امر بنخسها وهو يسير فوطيت انسانا فقتلته فالدية عليهما نصفان لانهما الان راكب وسائق الى هنا لفظ الكرخي يعني ان الناخس كالسائق ولو كان ثمة سائق وراكب يشتركان في الضمان فكذا الناخس والراكب يشتركان وهذا لان كل واحد منهما متعد بطريق التسبيب لانه تلف بثقل الراكب ودفع الناخس وقال الامام الاسبيجابي فان كان سائق وراكب او سائق وقائد او راكب وقائد فالضمان عليهما جميعا غير ان الكفارة على الراكب وحده قوله واذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الاخر اي قال القدوري في مختصره وعند زفر والشافعي يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الاخر وكذلك الخلاف في الراجلين يصطدمان كذا في شرح الكافي لهما ان كل واحد منهما صار مقتولا بفعل نفسه وبفعل صاحبه لان الاصطدام فعلهما جميعا وفعله في حق نفسه هدر وفعل صاحبه معتبر فيكون المضمون هو النصف وصار كما اذا اصطدما عمدا او جرح كل واحد منهما نفسه وجرحه صاحبه او حفرا جميعا بئرا على قارعة الطريق فوقعا فيها فماتا ولنا ما روى محمد في الاصل عن علي رضي الله عنه في هذه الحادثة انه اوجب على عاقلة كل واحد منهما دية كاملة ولان فعل كل واحد منهما مباح في حق نفسه وهو مشيه في الطريق فلا يصلح سببا للضمان

في حق نفسه الا ترى ان انسانا لو وقع في بئر محفورة على قارعة الطريق لا يكون شيء من دمه هدرا بان يقال لولا مشيه لم يقع في البئر فكذا هنا لا يهدر شيء من دمه ايضا بان يقال لولا تقريبه نفسه من المصدوم لم يهلك ولكن المباح يصلح سببا للضمان في حق صاحبه لان المباحات تتقيد بشرط السلامة كالنائم ينقلب في نومه على غيره فيهلكه يجب عليه ضمانه فلما كان فعل كل واحد منهما معتبرا في حق صاحبه لا في حق نفسه لم يسقط شيء من الضمان بل وجبت دية كل واحد منهما كاملة على عاقلة صاحبه وفي المسائل المذكورة فعل كل واحد منهما محظور لا مباح والمحظور يصلح سببا للضمان ولكن لم يعتبر فعل كل واحد منهما في ايجاب الضمان في حق نفسه لعدم الفائدة فبقي فعله معتبرا في حق صاحبه فوجب ايجاب نصف الضمان على عاقلة كل واحد وفيما نحن فيه الفعل الواقع منه لكونه مباحا لم ينعقد موجبا في حق نفسه اصلا فاضيف ضمانه الى صاحبه فلا فظهر الفرق بين المقيس والمقيس عليه قال في الاجناس قال ابو يوسف في نوادر هشام في رجلين مدا حبلا فوقعا على وجهيهما فماتا جميعا انه يضمن كل واحد منهما دية صاحبه ولو وقع احدهما على قفاه والاخر على وجهه فماتا ضمن صاحب القفا دية صاحب الوجه وان انقطع الحبل فوقعا جميعا على اقفيتهما فماتا ضمن القاطع ديتهما وضمن الحبل فقيل لمحمد ان وقعا على وجهيهما اذا قطع الحبل قال محمد لا يكون هذا من قطع الحبل وقال محمد في نوادر ابن رستم لو وقعا على اقفيتهما وماتا لا ضمان على قاطع الحبل قوله هذا الذي ذكرنا اذا كانا حرين في العمد والخطا يعني اذا كان المصطدمان حرين وقد تعمدا ذلك يجب على عاقلة كل واحد منهما دية الاخر بالاتفاق واذا وقع ذلك خطا تجب الدية الكاملة على عاقلة كل واحد منهما عندنا خلافا لزفر والشافعي

قوله ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطاء ه يعني اذا اصطدم العبدان
خطاء فاما هدر الدم لان الجناية تتعلق برقبة العبد الجاني وهي تدفع
فيها الان بغريمة المولى فلما مات فات محل الجناية بلا خلف ولا يضمن المولى
شيا لان موت العبد لم يكن من فعله ه وكذا الحكم فيما اذا وقع الاصطدام
عمدا منهما جميعا لانه يشبه العمد فكان كالخطاء فهدر الدم حيث لم يخلف
العبد شيا لان العبد لا مال له يقال هدر دمه اي بطل قوله
ولو كان احدهما حرا والاخر عبدا ه يعني اذا كان احد المصطدمين حرا
والاخر عبدا ففي صورة الخطاء يجب على عاقلة الحر قيمة العبد لان كل شيء
من الحر فيه الدية ففيه القيمة من العبد وكل شيء من الحر فيه نصف الدية
ففيه من العبد نصف القيمة ثم ما وجب على عاقلة الحر من قيمة العبد فهو لورثة
الحر ويبطل حق الحر المقتول فيما زاد من الدية على قيمة العبد لان العبد لم
يخلف الا قدر القيمة ويبطل ما زاد على ذلك لانه لم يخلف شيا فيما زاد ه
واصل ذلك ما ذكره القدوري في شرحه لمختصر الكرخي في باب
ارش الجنايات على الرقيق ان العبد المقتول خطاء تجب قيمته على العاقلة عند
ابي حنيفة ومحمد وروي عن ابي يوسف انه قال في مال القاتل وانما لم تجب
قيمة العبد على العاقلة عندهما لانه ضمان الادمي وعند ابي يوسف
يجب ذلك على الحر لانه ضمان مال عنده وسيجيء بيانه في مسئلة قيمة العبد انها
هل يبلغ ما بلغت بناء على هذه القاعدة انه مضمون بالقتل من حيث انه ادمي او من
حيث انه مال قوله وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد
يعني اذا اصطدم الحر والعبد ووقع ذلك منهما عمدا يجب على عاقلة الحر نصف
قيمة العبد بازاء دية الحر لان المضمون في صورة العمد نصف قيمة

العبد وقد اخلف هذا القدر فيبطل ما زاد على ذلك من نصف دية الحر لان
ما زاد على ذلك سقط بموت العبد من غير خلف قوله قال ومن
ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن ه اي قال في الجامع الصغير قال
صاحب الهداية وعلى هذا سائر ادواته كاللجام ونحوه يعني يجب الضمان على
السائق في جميع ذلك لان وقوع الات الدابة لتقصير منه لانه لو احكمها لم
تقع فيجب الضمان كما لو وقع الشيء المحمول على العاتق على انسان فقتله بخلاف
الرداء الملبوس اذا سقط فاتلف شيا حيث لا يجب الضمان اذا كان مما لا يلبسه
الانسان عادة لانه لا يمكنه الاحتراز عنه لانه لا بد منه والحمل مما يمكن
الاحتراز عنه وله منه بد فكان مضمونا وتمام البيان هنا مر في باب ما
يحدثه الرجل في الطريق عند قوله ومن حمل شيا في الطريق فسقط على انسان فعطب
به فهو ضامن قوله قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما اوطاء ه اي
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان كان معه سائق فالضمان عليهما
وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يقود
قطارا فاوطاء بعير منه انسانا فقتله قال على عاقلة القائد الدية وذلك
لان القطار يسير بسوقه ويقف بايقافه فكان عليه صيانته فما حدث
من ذلك يكون مضمونا عليه فيضاف اليه ما حدث من القطار للتسبيب فيصير
في الحكم كانه قتله خطاء فيجب على عاقلته ديته ه واورد الفقيه ابو
الليث في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل لو ان انسانا
قاد اعمى فاوطاء الاعمى انسانا فقتله هل يجب على القائد الضمان قيل
له ينبغي ان لا يجب لان الاعمى بنفسه من اهل وجوب الضمان ففعله ينسب اليه
خاصة واما فعل العجماء فجبار لا عبرة له في حكم نفسه فينسب فعلها الى

القايد فان كان معه سايق فالضمان عليهما لان كل واحد منهما مقرب للقطار
فاشتركا في سبب الجناية وقال الكرخي في مختصره فان كان السايق
في وسط القطار فما اصاب مما خلف هذا السايق وما بين يديه من شيء فهو عليهما
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله لان ما بين يديه هو له سايق والاول له قايد
وما خلفه هما له قايدان فيشتركان في الضمان وقال الكرخي ايضا وان
كان يكون احيانا وسطا واحيانا يتاخر واحيانا يتقدم وهو يسوقها في ذلك
فهو بمنزلة الاول ثم قال الكرخي وقال محمد في املاء الكيساني لو
ان رجلا كان يقود قطارا واخر من خلف القطار يسوقه ويزجر الابل فتنزجر
بسوقه وعلى الابل قوم في المحامل نيام او غير نيام فوطي بعير انسانا فقتله
فالدية على عاقلة القايد والسايق والراكبين على البعير الذي وطي وعلى الراكبين
جميعا اللذين قدام البعير الذي وطي على عواقلهم جميعا على عدد الرؤس والكفارة
على الراكبين خاصة الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان القايد
والسايق مقربان الى الجناية والركبان امام البعير كالقادة لما خلفهم والراكب
على البعير حصل التلف بثقله فاشتركوا في سبب الضمان فانقسم عليهم والكفارة
على راكب البعير الذي وطي خاصة لان القتل بثقله ومن سواه قاتل بسبب
وقال الكرخي ايضا ومن كان من الركبان خلف البعير الذي وطي
لا يزجر الابل ولا يسوقها راكبا على بعير منها او غير راكب فلا ضمان على احد منهم كان
لانهم ليسوا بقادة ولا سايقة الى هنا لفظه رحمه الله وذلك لانهم لما لم
يسوقوا ولم يقودوا صاروا كمتاع على الابل وقال الكرخي ايضا واما
الركبان امام البعير الواطي فانهم جميعا قادة البعير الواطي ولجميع ما خلفه
قال القدوري في شرحه هذا محمول على انهم كانوا يفعلون فعلا في

القود فاما اذا لم يكن فعل منهم في القود فهم كالمتاع فلا يجب عليهم الضمان فان
الانسان قد يكون قايدا وان لم يفعل القود الا ترى ان النايم قد يكون
قايدا ولا يكون سايقا اذا لم يفعل السوق فلذلك افترقا قوله هذا اذا
كان السايق في جانب من الابل اي وجوب الضمان على السايق والقايد جميعا
هما اذا كان السايق يسوق الابل غير اخذ بزمام البعير اما اذا اخذ الزمام فيكو ن
الضمان عليه في الذي هلك خلفه لا على القايد المقدم لانه لما انقطع الزمام عن
القطار لم يكن القايد المقدم قايدا لما خلف السايق فاما فيما هلك قدام السا بق
فيضمنه السايق والقايد جميعا لاشتراكهما في سبب وجوب الضمان لان كل
واحد منهما مقرب الى الجناية هذا بسوقه وذاك بقوده قوله قال
وان ربط رجل بعيرا الى القطار والقايد لا يعلم فوطي المربوط انسانا فقتله
فعلى عاقلة القايد الدية اي قال في الجامع الصغير وتمامه فيه فيرجعون بها على يد
عاقلة الرابط اما وجوب الدية على عاقلة القايد لان القطار في يده وكان
عليه حفظه واما الرجوع على عاقلة الرابط فلان الرابط هو الذي اوقع القا
في هذه الورطة قال الفقيه ابو الليث وهذا كما قالوا في رجل امر صبيا
بان يقتل رجلا فالضمان على عاقلة الصبي ثم يرجع عاقلة الصبي على عاقلة الامر
فكذلك ههنا وهذا اذا لم يعلم القايد بربط البعير فاما اذا علم وقاد لا يرجع
عاقلة القايد على عاقلة الرابط لانه ارتفع الغرور لان القايد هو الذي اوقع
نفسه في هذه الورطة وهذا اذا ربط في حالة السير فان ربط والبعير واقف لقطار
واقف ثم قاد صاحب القطار وهو عالم بالربط او لا لا يرجع عاقلة القايد على
عاقلة الرابط لانه قاد المربوط بغير اذن الرابط دلالة فوجب الضمان على عاقلة
القايد ولان الرابط تعدى في الربط فلما قاد القايد ازال جنايته عن مكانها فزال

فزال الضمان عنه وتعلق بالقايد كمن وضع حجرا في الطريق فدحرجه آخر فعطب
به انسان فالضمان على عاقلة الثاني دون الاول وليس كذلك المسئلة الاولى
لانه ربط البعير والابل سايرة فوجد من الرابط الاذن دلالة بقود المربوط
فلذلك وجب الرجوع على عاقلة الرابط لانه صار مسببا بربطه لايطاء المربوط بقود
القايد وقال الكرخي في مختصره واذا كان الرجل يقود قطارا فجاء
رجل فربط اليه بعيرا والقايد لا يعلم فوطى البعير انسانا فقتله فالدية على عاقلة
القايد ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط ولو كانت الابل وقوفا لا تقاد فجاء
رجل فربط اليها بعيرا والقايد لا يعلم فقادها وقاد البعير فوطى انسانا فقتله
فالضمان على القايد على عاقلته ولا يرجعون على عاقلة الرابط لان القايد اخذت
عملا قاد به البعير ولم ياذن له الرابط فان كان القايد علم بالبعير في المسئلتين جميعا
انه قد ربطه الى ابله فقادها على ذلك فوطى البعير انسانا فقتله فالدية على عاقلة
القايد ولا يرجعون على عاقلة الرابط الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله
والقايد لا يعلم لانه لا يقال ينبغي ان لا يجب الضمان على عاقلة القايد بلا علم القايد
لان الجهل يزيل الاثم لا الضمان كالنايم اذا انقلب على انسان فاتلفه ه
قوله وانما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء ه اي على القايد والرابط
بسبيل الشركة بلا تقديم وجوب الضمان على القايد وان كان كل واحد منهما مسببا
لان الربط من القيادة بمنزلة التسبيب من المباشرة لان التلف اتصل بالقود
دون الربط فكان القود كالمباشرة حكما فتقدم في وجوب الضمان على الرابط الا
ان قرار الضمان على الرابط لان القايد مغرور من جهته ولهذا لا رجوع عليه اذا علم
القايد لانتفاع الغرور قوله هذا اذا ربط والقطار يسير ه اي الرجوع
عاقلة القايد على عاقلة الرابط فيما اذا كان الربط في حال سير القطار اما اذا كان الربط

في حالة الوقوف ثم قاد فلا رجوع بالضمان على عاقلة الرابط ويندرج بابه
قوله قال ومن ارسل بهيمة وكان لها سايقا فاصاب في فورها يضمن
اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يرسل البهيمة ويكون سايقا لها فيصيب في فورها قال هو ضامن
وقال ايضا عن ابي حنيفة في رجل ارسل طايرا فاصاب في فوره ذلك قال
لا ضمان عليه وكذلك الذي يرسل كلبه ولم يكن له سايقا فاصاب في فوره لم
يكن عليه ضمان الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير قال الصدر
الشهيد وغيره اراد بالبهيمة الكلب واراد بكونه سايقا ان يكون خلفه وذلك
لان الكلب يحتمل السوق كساير الدواب فاضيف اليه اما البازي فلا يحتمل
السوق لان سايق الطاير لا يكون الا الطاير الا انه اضيف الى المرسل في حق حل
الصيد ضرورة اباحة الاصطياد بالبازي والكلب ولا ضرورة في حق الضمان
وكذلك لو اشلى كلبا على رجل حتى عقره او مزق ثيابه لا يضمن الا ان يسوقه
اراد به اذا كان خلفه لما مر وقيل اذا لم يكن خلفه يعتبر او تعلق بانسان
ان كان غير معلم لا يضمن لان غير المعلم انما يذهب بطبع نفسه لا بالارسال ه
وان كان معلما فذهب يمينا وشمالا او مال عن الوجه الذي ارسله ثم اتلف انسانا
لا يضمن لانه اذا مال الى اليمين والشمال فانما ذهب بطبع نفسه فلا يضاف الى السايق
وان اصابه من الوجه الذي ساقه وارسله كان ضامنا لانه ذهب بارسال
صاحبه فكان مضافا الى المرسل كذا ذكر فخر الدين قاضي خان وقال
الصدر الشهيد في شرح الجامع الصغير وذكر ابو الليث في الجامع الصغير
انه اذا ارسل بهيمة يعني كلبا ولم يكن سايقا لها فاصاب من فورها انسانا
فالذي ارسلها يضمن قال لانه اذا ارسلها وان لم يكن خلفها فما دام في فورها

فكانه قطعها لكن نص ههنا اي نص محمد في الجامع الصغير انه اذا ارسل كلبا ولم
يكن سايقا فاصاب في فورها لا يضمن ونص في الزيادات انه يضمن لكن وضع
المسئلة في الصيد واشار الى الارسال بمنزلة السوق فكان هذا موئدا لقول
الفقيه ابي الليث وعليه الفتوى الى هنا لفظ الصدر الشهيد وقال الحاكم
الشهيد في الكافي واذا ارسل الرجل دابته في طريق المسلمين فما اصاب في وجهها ذلك
فهو ضامن كما يضمن الذي ساق قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في
شرح الكافي يريد به اذا ارسله وضربه او زجره عند ذلك حتى صار له سايقا فاذا
اصاب في فوره ذلك اضيف اليه لان ارساله سوق منه فما دام يسير في سننه فذلك
من اثار سوقه فما اصاب في تلك الحالة يضاف اليه وان انعطف يمينا او شمالا
فلا ضمان عليه لان انعطافه ليس من اثر سوقه بل شيء يبتدي به بنشاطه الا ان لا
يكون له طريق غير الذي اخذت فيه فيكون ضامنا لان ذلك مضاف الى السوق
ايضا وان وقفت ثم سارت خرج من الضمان لان ارساله انتهى بالوقوف ثم
سيرها بعد ذلك ابتداء امر منها فلا يضاف اليه وان ردها راد فالذي ردها
ضامن لما اصاب في فورها ولا ذلك لانه سايق لها ولا يرجع على سايقها بما ضمن
الا اذا كان بامره فحينئذ يرجع عليه واذا خلى عنها واوقفها فسارت هي بنفسها فلا
ضمان عليه لانه غير مضاف الى فعل احد كذا في شرح الكافي قوله وكذا
اذا وقفت ثم سارت عطف على قوله انقطع حكم الارسال قوله بخلاف ما
اذا وقفت بعد الارسال في الاصطياد ثم سارت يعني لا ينقطع حكم الارسال حتى
اذا اخذ الكلب الصيد فاخذ الفهد بعد الوقفة يحل ذلك لان تلك الوقفة
للاحتيال من اخذ الصيد وتحقق ذلك مقصود المرسل اما الوقفة من الدابة بعد
الارسال لا للاصطياد فمنافية لمقصود المرسل لان مقصوده هو السير لا الوقوف

فينقطع حكم الارسال بالوقفة فكانت الوقفتان على طرفي نقيض من تحقيق مقصود
المرسل ومنافاته قوله وهذه الوقفة اي وقفة الدابة بعد الارسال
لا للاصطياد قوله وبخلاف ما اذا ارسله الى صيد فاصاب انسانا او
مالا في فوره لا يضمنه وفي الارسال في الطريق يضمنه يريد بهذا الفرق بين الارسال ليس
الارسال الى الصيد والارسال في الطريق ففي الاول لا ضمان عليه وفي الثاني
يجب الضمان اذا كان على الفور لان المسبب انما يضمن اذا وجد منه التعدي ولا
تعدي في الارسال الى الصيد لم يوجد التعدي لانه امر مباح وفي الارسال في الطريق
وجد التعدي لانه شغل طريق المسلمين وقالوا في رجل له كلب عقور كلما
مر على شيء عضه فلاهل القرية ان يقتلوه فان عض هل يجب الضمان على صاحبه ان
لم يتقدموا اليه قبل العض لا ضمان عليه وان كانوا تقدموا الى صاحب الكلب
فعليه الضمان بمنزلة الحائط المائل قوله ولو ارسل بهيمة فافسدت
زرعا على فوره ضمن المرسل ذكر تفريعا الى قوله شاة لقصاب وقوله على
فوره اي فور الارسال والمراد منه ان لا ينقلب يمينا وشمالا قال في
الفتاوى الصغرى ارسل حماره فدخل زرع انسان فافسده ان ساقه الى الزرع
ضمن وان لم يسقها بان لم يكن خلفها لكن لم تنعطف الدابة يمينا وشمالا وذهب
الى الوجه الذي ارسله صاحبه فاصاب الزرع ضمن ايضا وان انعطف يمينا وشمالا
فاصاب الزرع ان كان له طريق اخر لم يضمن والا يضمن وفي ديات شيخ الاسلام وفي
عيب النوازل صاحب الزرع اذا قال لرب الدابة ان دابتك في زرعي فاخرجها فهو
ضامن لما افسدت في حال اخراجها وان اخرجه وامره باخراجها فلا ضمان عليه لانه فعل
بامره هذا اختيار الفقيه ابي الليث وكان ابو نصر يقول يضمن في الوجه
الاخر ايضا قوله لما مره اشارة الى قوله انقطع حكم الارسال قوله

ولو انفلتت الدابة فأصابت مالا أو آدميا ليلا أو نهارا لا ضمان على صاحبها لقوله
عليه السلام جرح العجماء جبار قال محمد هي المنفلتة أي تفسير العجماء
التي جرحها جبار هي المنفلتة لأن الدابة إذا أتلفت شيئا على فور الإرسال يجب الضمان
ولا يكون جبارا قال في الفتاوى الصغرى دابة لرجل ذهبت ليلا أو نهارا
بغير إرسال فأفسدت زرع رجل لا ضمان عليه لأنه لم يجز أما ذهبت دابته
بغير صنع وقد قال الله تعالى ولا عدوان إلا على الظالمين وقال الشافعي
إن كانت ذهبت ليلا ضمن وإن كانت ذهبت نهارا لا يضمن وقال القدوري
في شرحه وسواء كان انفلاتها في ملك صاحبها أو في الطريق أو في ملك غيره
لأنه لا صنع له في انفلاتها ولا يمكنه الاحتراز عن فعلها فلا يضمن ما تولد منه
قوله من الإرسال وأخواته الضمير راجع إلى الإرسال وأراد بأخوات
الإرسال العود والسوق والركوب قوله قال لشاة لقصاب فقئت
عينها فيها ما نقصها أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنه في شاة القصاب وبقرة الجزار وجزور الجزار
يفقأ عين واحدة منهن قال في الشاة ما نقصها وفي البقرة ربع قيمتها وفي البعير
ربع قيمته إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير قال فخر الإسلام وإنما وضع
المسألة هكذا على هذا الوجه ليتبين أن الكل وإن كان للحم فإن الجواب مع ذلك
مختلف والفرس والحمار والبغل مثل البعير والبقر وقال الناطفي في كتاب
الأجناس وقال أبو يوسف في ذلك كله عليه ما نقصه في جميع البهائم وقال
فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير وقال الشافعي يجب النقصان
لأن الواجب ضمان المال دون النفس فيتقدر بنقصان المالية كما في الشاة وأصحابنا
احتجوا بما روى خارجة بن زيد بن ثابت عن أبيه عن رسول الله صلى الله عليه

وسلم أوجب ذلك وروي عن عمر رضي الله عنه أنه قضى بذلك أيضا فتركنا
القياس بهذه الآثار في الجزور وأخذنا بالقياس في الشاة ولأن الشاة لا
تعمل ولا تركب ولا يحمل عليها بل ينتفع بها مالا فتضمن بالنقصان من غير تقديره
فأما ما ذكرنا من البهائم تركب ويحمل عليها وتعمل بها فكأنها عاملة لبني آدم فأشبهت
الإنسان من وجه والشاة من وجه فوجب تنصيف التقدير الواجب في الإنسان عملا
بالشبهين فوجب الربع بشبه الإنسان وسقط الربع بشبه الشاة ولأن سائر
البهائم لا تعمل لبني آدم إلا بأربعة أعين عيناها وعينا الآدمي التي يستعملها
فصار كأن لها أربعة أعين فوجب في العين الواحدة ربع القيمة قال فخر
الإسلام والمعتمد هو التعليل الأول لأن العينين لا تضمنان بنصف القيمة يعني لو
كان يعتمد على التعليل الثاني لوجب نصف القيمة في فقئهما جميعا وليس كذلك بل
تجب القيمة فيهما وإذا ثبت ما قلنا ثبت أن التفاوت لا يبطل بالتعيين للذبح
والنحر فلذلك استوى التعيين وعدمه لذلك قوله ومن سار على دابته
في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت منه فصدمته
فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب والمسائل المذكورة من هذا الموضع
إلى الباب ليست بمذكورة في البداية وهي من مسائل الأصل ذكرها ههنا تفريعا
وقال في الأصل وإذا سار الرجل على دابته في الطريق فنخسها إنسان أو ضربها
فنفحت رجلا فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب قال بلغنا ذلك عن عمر
وعبد الله بن مسعود رضي الله عنهما ولأن الدابة بالنخس صارت مدفوعة
على ذلك فأضيف فعلها إلى الناخس أو يقال سبب الناخس لذلك على معنى
أنه لو لا نخسه لما فعل ذلك وهو متعد فيه ولا ضمان على الراكب لأنه لا صنع له
فيه ولا يقال قد قال في هذا الباب قبل هذا وقال أكثر المشايخ إن السائر

لا يضمن النفحة اي بالرجل والذنب وعلل بانها لا يمكن التحرز عنه فكان ينبغي
على هذا ان لا يضمن الناخس النفحة لانا نقول ذلك اذا كان ماذونا اما
اذا كان متعديا فلا فرق بين ما يمكن التحرز عنه وبين ما لا يمكن بل يجب
الضمان عليه للتعدي في التسبب حتى لو كان الناخس باذن الراكب وهو يسير فلا
ضمان في النفحة لعدم التعدي لا على الناخس ولا على الراكب قوله وان نفحت
الناخس كان دمه هدرا قال في شرح الكافي ولو نفحت الناخس
كان دمه هدرا كانه قتل نفسه ولو القت الراكب من تلك النخسة فقتلته كان
ديته على عاقلة الناخس لانه هو الذي حملها على ذلك فصار كانه هو الملقي
اياها قال في شرح الكافي وكذلك لو وثبت من نخسه على رجل فقتلته
او وطئت رجلا فقتلته لانه كالملقي للدابة على ذلك الذي وطئته او وثبت
عليه والواقف في ملكه والذي يسير سواء لان معنى الحمل لا يختلف فيجب الضمان
على الناخس قوله وان نخسها باذن الراكب كان ذلك بمنزلة فعل الراكب
لو نخسها ولا ضمان عليه في نخسها وذلك لانه من جملة السوق والراكب يملك
ذلك فكذا غيره باذنه فلم يبق فعله تعديا فلا يضمن كما لو فعل الراكب بنفسه
قوله ولو وطئت رجلا في سيرها وقد نخسها الناخس باذن الراكب فالدية
عليهما جميعا اذا كان في فورها الذي نخسها وذلك لان سيرها في تلك الحالة مضاف
الى الناخس والراكب جميعا فما حدث من ذلك يكون عليهما جميعا قال شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي قال في الكتاب لانهما الان سائق
وراكب والحكم في الراكب مع السائق هكذا اذا كان السوق باذنه ثم قال
شيخ الاسلام وفيه اشكال من وجهين احدهما انه اذا نخس باذنه او ساق
باذنه ينبغي ان لا يواخذ به لانه لا يبقى متعديا في حق فعل الوطء لانه نقل الفعل

الى الراكب قلنا اذنه انما يصح من حيث انه سوق لا من حيث انه اتلاف فاذا
ظهر له اثر في محل آخر تبين انه متعد فيه والثاني ان الراكب صاحب علة وا لسائق
والناخس صاحب شرط في حق الحكم واضافة الحكم الى العلة اولى من اضافته الى
الشرط قلنا انما يقع ترجيح العلة على الشرط اذا كان الشرط شرط تلك العلة
اما اذا كان شرط علة اخرى والعلة في محل آخر لا يقع به الترجيح الا ترى ان
من جرح انسانا ثم سقط المجروح في البئر مات بالسقوط والجرح جميعا تجب الدية عليهما
ولا يقال احدهما صاحب علة والآخر صاحب شرط لما ان الجرح علة في محل والحفر
شرط علة في محل آخر وههنا كذلك فان الراكب صاحب علة في نفس الوطء على معنى
انه مستعمل لرجل الدابة في الوضع والرفع فصار ذلك بمنزلة فعل رجله حقيقة اذ رجل
الدابة آلة محضة بمنزلة ساير الات عمله والناخس ليس بمحصل شرط تلك العلة بل
هو محصل شرط السير والسير علة الوطء فصار بمنزلة محصل علة العلة والحكم لا يمتنع
اضافته الى علة العلة مع كونه مضافا الى حقيقة العلة فلهذا اوجبنا الدية على
عاقلتهما وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي انه هل
يرجع الناخس والسائق على الراكب اذا فعل ذلك باذنه ينبغي ان يرجع لانه فعل بامره
والامر صحيح ظاهرا فيرجع بما لحقه بفعله على غيره كالمودع ونحوه وقيل لا يرجع قال
صاحب الهداية وهو الاصح فيما اراه اي فيما اظنه وذلك لانه امره بالنخس لا بالايطاء
وقد ينفصلان لانه لا يلزم من وجود النخس وجود الايطاء لا محالة وصار كما
امر صبيا يستمسك على الدابة فوطئت الدابة انسانا فقتلته تلزم الدية على العاقلة
ولا يرجعون بها على الامر لانه امر بالتسيير لا بالايطاء وهما منفصلان قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي في باب جناية الصبي واذا
حمل الرجل الصبي الحر على دابة وقال له امسكها لي وليس منه بسبيل فسقط الصبي عن

الدابة فمات فالرجل ضامن لديته على عاقلته سواء كان صبيا يركب مثله او لا
يركب مثله لان الحامل سبب لقتله لانه لولا حمله لما سقط وهو متعد
في ذلك اذ لم يكن سبيل منه شرعا والمسبب كالمباشر في هذا الباب اذا
كان متعديا اصله حافر البير ولو سار الصبي فاوطا انسانا فقتله وهو
يسير على الدابة يستمسك على الدابة فدية القتيل على عاقلته لانه اضرب
السير بغير امر الرجل رضي بما انه مختار في تسيير الدابة وهذا شيء حدث بسير
الدابة وهو مضاف الى الصبي لا الى الحامل لان الحمل ليس بسبب لسير الدابة
ولو كان سببا فقد اعترض عليه بفعل فاعل مختار فانقطع نسبة اثر السير منه
ولو كان الصبي لا يستمسك على الدابة ولا يسير الدابة فدم القتيل هدر لان سير
الدابة لا يضاف اليه ولا الى الحامل فصار كقتيل الدابة فيهدر دمه ولو كان
الصبي متمسكا عليها او غير مستمسك فسارت الدابة فوقع الصبي وهو يسير
فمات فديته على عاقلة الذي حمله لان السقوط من مسببات الحمل سار او لم يسر
فنسب الى الحمل بشرط التعدي والباقي يعلم في شرح الكافي **قوله** ولو
اذا ناوله سلاحا فقتل به آخر حتى ضمن لا يرجع على عاقلة الآمر **قال** شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو امر رجل صبيا فقتل
رجلا كانت الدية على عاقلة الصبي لتحقق القتل منه وهي على العاقلة لان عمده
وخطاه سواء ويرجعون به على عاقلة الآمر لانهم انما اوقعوا في هذا الضمان بسبب
امره ولولا امره لما باشر الصبي هذا الامر ثم قال في شرح الكافي واذا
اعطى الرجل الصبي عصى او سلاحا فلم يامره بشيء فعطب الصبي بذلك فضمانه على
عاقلة الرجل لانه سبب لهلاكه فلولا دفعه الآلة القاتلة لما عطب به والدية
تجب بالسبب المحض كما تجب بالمباشرة وان قتل الصبي نفسه بذلك او قتل به

رجلا لم يضمن الدافع شيئا لانه مختار في استعمال هذه الآلة فلا يضاف استعماله
الى الدافع فكذا اثره **قوله** ثم الناخس انما يضمن اذا كان الايطاء
على فور النخس حتى يكون السوق مضافا اليه **قال** الكرخي في مختصره
ولا يكون على الناخس ضمان حتى يعلم ان الذي اصابت كان في فورها الذي
نخس فيه **قوله** ومن قاد دابة فنخسها رجل فانفلتت من يد القائد فاصابت
في فورها فهو على الناخس وذلك لان الانفلات اثر فعل الناخس وهو شرط التلف
فيما اصابت في فورها وهو متعد فيضمن وكذا اذا كان له سائق فنخسها غيره
بغير اذنه يجب الضمان على الناخس لا غير ولو امره القائد او السائق بالنخس فلا ضمان
على احد لعدم التعدي وبه صرح في شرح الكافي **قوله** والنا خس
اذا كان عبدا فالضمان في رقبته اي في رقبة العبد لانه كالجناية بيده يدفعه
مولاه او يفديه كما هو الاصل في جناياته ولو كان الناخس صبيا فهو كالرجل
لانه يؤاخذ بافعاله كالبالغ **قوله** ولو نخسها شيء منصوب على الطريق
فنفحت انسانا فقتلته فالضمان على من نصب ذلك الشيء وذلك لانه بالنصب حصل
شرط التلف لانه لولا هذا لما نخست الدابة وهو متعد فيه فيوخذ به **قال**
في شرح الكافي واذا كان الرجل يسير على الدابة في الطريق وامر عبد غيره بنخس دابته
فنفحت فلا ضمان على واحد منهما كانه نخس بنفسه وان وطئت في فورها ذلك
انسانا فقتلته فعلى عاقلة الراكب نصف الدية وفي عنق العبد نصف الدية يدفعه
مولاه او يفديه ثم يرجع بقيمته على الذي امره بالنخس وكذلك لو امره بالسوق
او القود لانه لما استعمله في امر يفعل بامره صار غاصبا اياه وقد لحقه ضمان فيرجع
مولاه بذلك عليه لانه يلزمه ان يرده اليه سليما وقد رده مشغولا فلا يكون
ذلك مغنيا فلهذا يرجع عليه بالاقل من قيمته ومما فدى به ولو كان الراكب عبدا

فأمر عبدا آخر فساق دابته فأوطأت إنسانا فقتلته فالدية على أعناقهما نصفين
لأن التلف مضاف إليهما ولا شيء على الراكب فيما أمر به إذا كان محجورا عليه
حتى يعتق فيكون عليه قيمة المأمور لأن المحجور لا يؤاخذ بأقواله لأنه لا يعتبر
قوله في حق المولى فلا يؤخذ به حتى يعتق فيكون عليه قيمة المأمور لأن المحجور
ولو كان تاجرا أو مكاتبا أخذ به لأنهما من أهل أن يلزمهما حكم الأقوال

باب جناية المملوك والجناية عليه

لما فرغ عن جناية المالك وهو الحر شرع في جناية المملوك وأخر ذكرها لانحطاط
رتبة المملوك **قوله** قال وإذا جنى العبد جناية خطأ قيل لمولاه إما أن
تدفعه بها أو تفديه أي قال القدوري في مختصره قال الشيخ أبو الحسن
الكرخي في مختصره وإذا جنى عبد على حر أو على عبد جناية خطأ في نفس أو فيما
دونها يقل أرشها أو يكثر فذلك في رقبة العبد الجاني ليس في ذمة المولى منه
شيء ويقال للمولى ادفعه بجنايته أو افده بجميع أرش الجناية قليلا كان أرش
الجناية أو كثيرا بالغا ما بلغ إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال
القدوري في شرحه وقال الشافعي في جناية العبد يباع فيها إلا أن يفديه
المولى وذكر شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي مذهب
مالك كذلك وقال قال مالك يجب ذلك في عنق العبد يباع فيه إلا أن يقضي
السيد وقال الخرقي في مختصره وإذا جنى العبد فعلى سيده أن يفديه أو يسلمه
فإن كانت الجناية أكثر من قيمة العبد لم يكن على السيد أن يفديه بأكثر من قيمته
وقال في إشارات الأسرار جناية العبد إذا أوجبت مالا كان موجبها الدفع
وله أن يتخلص بالفداء وقال الشافعي يتعلق برقبته ويباع فيه كما في ضمان
الاستهلاك في الأموال والخلاف يظهر في اتباعه بعد العتق عند خصمه

رحمه قول مالك والشافعي أن الأصل في ضمان الإتلاف أن يجب على المتلف
وإنما وجب في الأحرار على العاقلة بخلاف القياس وهذا ليس في معناه لأن العبد
لا عاقلة له فيجب عليه لأنه هو الجاني فيباع فيها ويستوفي الباقي بعد العتق ولنا
ما روى أصحابنا في كتبهم كالقدوري وغيره عن ابن عباس رضي الله عنهما أنه قال
إذا جنى العبد إن شاء دفعه وإن شاء فداه وعن عمر رضي الله عنه أنه قال
عبيد الناس أموالهم وجناياتهم في قيمتهم وعن علي رضي الله عنه مثله ولأن
هذه جناية خطأ فيكون موجبها على من ينصره قياسا على الحر وهذا لأن
الشرع إنما أوجب في جناية الحر على العاقلة نظرا للخاطئ لعجزه عن أداء ما لزمه
لكثرته فحمل الدية وألزمها على عاقلته تخفيفا له لأنهم أهل نصرته وهذا
المعنى موجود هنا أيضا لأن عجز العبد أظهر من عجز الحر والمولى يتحمل عنه
ما يلزمه بطريق النصرة إلا أنا لم نلزم الضمان على المولى حتما لأنه ربما لا يقدر
على ذلك لأنه واحد كالجاني فجعلنا المولى مخيرا فإن شاء دفعه إلى أولياء الجناية
وإن شاء فداه تخفيفا للمولى لأن في التخيير نوع تخفيف ثم إذا دفعه إلى ولي
الجناية أو خلى بينه وبينه سقطت المطالبة بجناية العبد ولأن المولى
إنما يطالب بالجناية لأجل ملكه فإذا أسقط حقه عنه زالت المطالبة كالوارث
إذا خلى بين الغرماء وبين التركة وكذا إذا فدى تسقط المطالبة لأنه لا حق
لولي الجناية إلا في الأرش فإذا استوفاه سقط حقه وقد اختلف مشايخنا
في الموجب الأصلي قال بعضهم الواجب الأصلي هو الفداء واختاره شيخ
الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي لأن الأصل هو ضمان المتلف
ولكن الدفع مخلص عنه وقال بعضهم إنه الدفع وإليه مال صاحب
الهداية وصاحب الإشارات بدليل أن المطالبة تسقط عن المولى إذا مات

العبد قبل اختيار المولى الفداء فلو لم يكن الواجب الاصل وهو الدفع لم تسقط
المطالبة **قوله** كما في الدين يعني يجب ضمان جناية العبد في النفس في
ذمته كما يجب الدين في ذمته وفي بعض النسخ كما في الذمي يعني ان جناية العبد
خطأ تجب في ذمته كما في الذمي اذا جنى يجب في ذمته لا على ما قلته لان الاصل في
الجناية ان تجب على المتلف وهذه النسخة اصح النسختين لان المصنف استعمل بعده
حيث قال بخلاف الذمي لانهم لا يتعاقلون فيما بينهم اي لا يتناصرون
فلا عاقلة لهم اذ لان العقل بالنصرة **قوله** والاجحاف به اي
الاضرار به **قوله** الا انه يخير بين الدفع والفداء لانه واحد وهذا
استثناء من قوله والمولى عاقلته لان العبد يستنصر به بيانه ان ضمان
جناية الحر انما وجب على العاقلة تخفيفا على الجاني لانه خاطئ لا عامد وههنا
في جناية العبد خير المولى بين دفعه وبين الفداء تخفيفا ايضا لان في التخيير نوع
تخفيف ايضا لان في تعيين احد الامرين تضييقا لا محالة وطريق التخفيف في الحر
بكون المولى واحدا بخلاف التخفيف في العاقلة لان ذلك بتقسيم الدية عليهم
بكثرتهم **قوله** كما في مال الزكوة يعني ان العبد الجاني اذا هلك قبل
اختيار المولى الفداء يسقط موجب جنايته كما في مال الزكوة اذا هلك بعد الحول
يسقط الواجب وان كان لصاحب المال ولاية اداء الزكوة من مال اخر لان محل
الوجوب فات **قوله** بخلاف موت الجاني الحر يسقط الموجب لان الواجب
يتعلق به استيفاء حيث يدفع في الجناية بخلاف موت الجاني الحر حيث لا يسقط موجب
جنايته عن العاقلة لان الواجب لم يتعلق بذمة الجاني استيفاء فصار موته كموت
عبد الخدمة في صدقة الفطر بعد طلوع الفجر من يوم الفطر حيث لا تسقط صدقة الفطر عن
المولى **قوله** قال فان دفعه ملكه ولي الجناية وان فداه فداه بارشها

اي قال القدوري في مختصره يعني كان يقال لمولى العبد في جنايته خطأ ادفعه
او افده فان دفعه الى ولي الجناية ملكه وسقطت المطالبة عن المولى وان فداه
فداه بارش الجناية قليلا كان الارش او كثيرا وسقطت المطالبة ايضا وقد مر
قبل هذا فايهما اختار المولى من الدفع او الفداء يلزمه حالا اما اذا اختار الدفع
فظاهر لان التأجيل في الاعيان باطل لان التأجيل انما يشرع للتحصيل [illegible]
وتحصيل الحاصل محال واما اذا اختار الفداء فكذلك لان الفداء بدل عن
العبد في الشرع فكان قائما مقامه الا ترى انه يسمى فداء وهو ما يستنقذ به
الشيء فيقوم مقامه فاذا كان الفداء قائما مقام العبد اخذ حكمه فلم يصح التأجيل
في الفداء كما لم يصح في الدفع غاية ما في الباب ان الفداء يتقدر بالارش قليلا كان
او كثيرا وهذا لا يمنع ان يكون بدلا عن العبد قائما مقامه **قوله**
وعند اختياره الواجب عين اي وعند اختيار المولى الدفع الواجب عين وهو
العبد فلا جرم وجب الدفع حالا **قوله** وايهما اختاره وفعله لا شيء لولي
الجناية يعني اذا اختار المولى الدفع او الفداء تسقط المطالبة عن المولى بعد ذلك وقد
بيناه قبل هذا **قوله** فان لم يختر شيئا حتى مات العبد بطل حق المجني
عليه ذكره تفريعا على مسئلة المختصر وقد ذكره الكرخي في مختصره يعني اذا مات
العبد لم يكن لولي الجناية على المولى شيء من ارش جنايته وذلك لان الحق
كان متعلقا بالرقبة فاذا تلفت سقط ما لزمه بالهلاك كهلاك المال بعد
وجوب الزكوة فيه ولانها جناية من العبد فتسقط بموت العبد كما في
العمد **قوله** على ما بيناه اشارة الى قوله الواجب الاصلي الدفع **قوله**
وان مات بعد ما اختار الفداء لم يبرأ ذكره تفريعا ايضا قال الكرخي
في مختصره وان مات العبد بعد ما اختار المولى الفداء فان الفداء عليه لا يبرأ عنه

بعد موت العبد وذلك لأن الاختيار ينقل الحق من الرقبة إلى ذمة المولى فإذا مات
العبد لم يسقط ما في ذمة المولى من الدين كسائر ديونه **قوله** قال فإن عاد فجنى
كان حكم الجناية الثانية حكم الأولى ه أي قال القدوري في مختصره قال
صاحب الهداية معناه بعد الفداء يعني إذا فدى المولى عبده من جنايته فعاد العبد
بعد ذلك فجنى جناية خطأ كان حكمها حكم الأولى حتى يخاطب المولى بالدفع أو
الفداء ثانيا وذلك لأنه لما فداه عن الأولى تفرغت رقبته عن الجناية فصار كأنه
لم تجن إلا هذه الجناية فكان الحكم فيها الدفع أو الفداء وإنما فسر صاحب
الهداية بقوله معناه بعد الفداء لأنه إذا جنى ثانيا قبل الفداء كانت هي مثل
المسألة التي تليها **قوله** لما ظهر هو بالطاء المهملة **قوله** قال ولو
جنى جنايتين قيل للمولى إما أن تدفعه إلى ولي الجنايتين يقتسمانه على قدر حقيهما
وإما أن تفديه بأرش كل واحد منهما ه أي قال القدوري في مختصره قال
الكرخي في مختصره فإن جنى العبد على جماعة فإن المولى أيضا بالخيار إن شاء دفع
العبد إلى جماعتهم وكانوا يقتسمونه عليهم على قدر ما لكل واحد منهم من أرش الجناية
وإن شاء أمسكه وغرم أرش الجنايات كلها وذلك لأن تعلق الجناية برقبته لا
يمنع تعلق مثلها كما لا يمنع الدين من الدين وكما لا يمنع حق المولى من حق ولي الجناية
وإذا تعلق حق الجماعة بالرقبة كان على المولى أن يدفع إليهم فيقتسمون الرقبة على قدر
حقوقهم أو يفدي بجميع أروشهم وللمولى أن يخالف في هذا بين الاختيار فيفدي
من بعضهم ويدفع إلى بعضهم مقدار ما تعلق به حقه من العبد لأن كل واحد منهم لا
تعلق لحقه بحق صاحبه فجاز أن يختار في حق أحدهم غير ما يختار في حق الآخر كما لو
انفرد كل واحد منهم وليس هذا كالعبد إذا قتل رجلا خطأ وله وليان فاختار
المولى الفداء من أحدهما والدفع إلى الآخر أن ذلك لا يجوز لأنها جناية واحدة حتى

يخير فيها بين الدفع أو الفداء فلم يملك تبعيض موجبها وفي مسئلتنا هي جنايات مختلفة
وإذا اختلف خياره فيها لم يتبعض موجب الجناية وأما كيفية القسمة فعلى ما بينا
أنه يدفع إليهم بقدر حصصهم بيانه فيما إذا قتل رجلا خطأ وفقأ عين آخر ثم
اجتمعا واختار المولى الدفع فإنه يدفع العبد إليهما أثلاثا لأن ولي المقتول يثبت حقه
في الدية وهي عشرة آلاف ويثبت حق المفقوءة عينه في نصف الدية وكل واحد منهما
يدلي بسبب صحيح فيضرب بجميع حقه فيقتسمانه أثلاثا ولو كان شج رجلا موضحة
وآخر هاشمة وآخر منقلة ثم اختار المولى الدفع دفع إلى صاحب الموضحة سدس
العبد وإلى صاحب الهاشمة ثلثه وإلى صاحب المنقلة نصفه لأن لصاحب الموضحة
خمسمائة ولصاحب الهاشمة ألفا ولصاحب المنقلة ألفا وخمسمائة فاقتسموا الرقبة
على ذلك كذا ذكر القدوري في شرحه **قوله** على قدر أرش جنايتهما ه من
آتنا **قوله** لما ذكرناه إشارة إلى قوله لأن تعلق الأولى برقبته لا يمنع تعلق
الثانية أي بالرقبة على تأويل العتق أو المذكور فإن قلت ما الفرق بين هذه
المسألة حيث لم يمنع تعلق الأولى تعلق الثانية وبين الرهن حيث يكون المرتهن مقدما
على غيره من أصحاب الديون ويمنع تعلق حقه به تعلق حقهم به قلنا لأن الرهن
إيفاء حكمي والارتهان استيفاء حكمي فلو وجد الإيفاء والاستيفاء حقيقة ثم
حق الدين من آخر لم يكن لصاحب الدين اللاحق سبيل فكذا في الإيفاء والاستيفاء
حكما بخلاف ما نحن فيه فإن حق الأول له مجرد تعلق ليس فيه معنى الإيفاء والاستيفاء
لا حقيقة ولا حكما فظهر الفرق **قوله** والحق يجب للمقتول أولا ثم للوارث
خلافة عنه ه هذا جواب سؤال مقدر بأن يقال الجناية وإن كانت متحدة
بالنظر إلى المقتول مختلفة بالنظر إلى المستحق فينبغي أن يكون للمولى ولاية الفداء
من أحدهما والدفع من الآخر كما في الجنايات المختلفة فأجاب عنه بهذا يعني

ان الاصل في ثبوت الحق واستحقاقه هو المقتول يجب الحق له اولا ثم يخلفه
الوارث فكانت الجناية متحدة فلم يملك تبعيض موجبها **قوله** فلابد من التفريق
في موجباته اي في موجب الجنايات المختلفة **قوله** قال فان اعتقه المولى وهو
لا يعلم بالجناية ضمن الاقل من قيمته ومن ارشها وان اعتقه بعد العلم بالجناية وجب عليه
الارش ه اي قال القدوري في مختصره اي ضمن المولى الاقل من قيمة العبد الجاني ومن
ارش جنايته ايهما كان اقل من الآخر يلزمه ذلك وان كان اعتاقه بعد العلم
بالجناية يكون مختارا للفداء فيلزمه الارش قليلا كان او كثيرا قال
الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله واذا قتل عبد قتيلا خطأ فاخرجه المولى من
ملكه ببيع او غيره او اعتقه او دبره او كانت امة فاستولدها او اقر به لرجل
وهو يعلم بالجناية فهو مختار وعليه الدية وان كان لا يعلم فعليه الاقل من
قيمته ومن ارش الجناية الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وذلك لان المولى مخير
في جناية العبد بين الدفع والفداء ومن خير بين امرين ففعل ما يدل على اختيار
احدهما تعين عليه الآخر ومعلوم انه اذا باعه او وهبه مع العلم فقد تعذر
عليه دفعه فصار بذلك مختارا للفداء وكذلك اذا اعتقه لان الاختيار قد
يكون صريحا وقد يكون دليلا وقد يكون ضرورة والاعتاق اختيار دلالة
او ضرورة لانه لما اعتق مع علمه بالجناية فقد اختار امساكه لنفسه فصار اختيارا
للوجه الآخر دلالة او لانه فوت محل الدفع اختيارا فتعين الوجه الآخر عليه
ضرورة وكذلك ان دبره او كاتبه او باعه لانه صار ممتنع الدفع في هذه الوجوه
قال الحاكم في الكافي ولو كانت امة فجامعها او زوجها او آجرها او
رهنها او استخدمها لم يكن مختارا وذلك لانه لم يصر ممتنع الدفع ه وذكر
الطحاوي في مختصره انه يكون مختارا اذا آجر او رهن مع العلم وذلك لانه لا يمكنه

الدفع في الحال فاشبه البيع اما اذا فعل ما يكون به مختارا وهو لا يعلم بالجناية
لا يكون مختارا بل عليه الاقل من قيمة العبد ومن الارش لان الاختيار لا يصح
بلا علم لانه محال وهذا لانه لما منع التسليم بفعله مع تعلق حق ولي الجناية
لزمه الاقل لان الارش ان كان اقل من قيمته فلا حق لولي الجناية فيما زاد
عليه وان كان اكثر فالمولى لم يتلف الا رقبة العبد فلزمه قيمتها فاما اذا
اقر بالعبد الجاني لغيره مع العلم بالجناية قال القدوري في شرحه
ذكر في الاصل انه لا يكون مختارا وفي غير الاصول انه يكون مختارا وهو
الذي ذكره ابو الحسن الكرخي وجه ما في الاصل ان الاقرار لا يسقط حق
ولي الجناية وليس فيه نقل الملك لجواز ان يكون الامر على ما قال المقر فكان
البينة قامت بالملك وجه الرواية الاخرى ان العبد على ما ملكه في
الظاهر فاذا اقر به استحقه المقر له باقراره فصار كما لو باعه او وهبه وقال
القدوري ايضا في شرحه قالوا العبد اذا جنى فقال الذي في يده هذا
عبد فلان اودعه عندي فان اقام البينة على ذلك دفع الخصومة عن نفسه
لانا تبينا ان العبد وصل اليه من جهة غيره وان الغائب اقامه مقام نفسه
في الحفظ دون احكام الجناية فلم يلزمه حكمها فان لم تقم له بينة قيل له ادفعه
او افده لان حكم الجناية يتعلق به فاذا احال به على غيره لم تقبل بغير بينة
فان اختار الفداء ثم حضر الغائب وصدقه فهو متطوع في الفداء لانه فدى ملك
غيره بغير امره وقد كان يمكنه ان يتخلص من الفداء بالدفع فاذا اختاره كان
متبرعا فان اختار الدفع ثم حضر الغائب فصدقه قيل له ان شئت فافسخ الدفع لان
التصديق استند الى الاقرار الاول فصار مالكا للعبد من ذلك الوقت وقد دفعه
من ليس بمالك فان شاء اجاز دفعه وان شاء فسخ وفدى وقال القدوري

ايضا قالوا فيمن في يده عبد اقر به لرجل واقر عليه بجناية فهو على ثلاثة اوجه ان صدقه المقر له في الملك والجناية قيل للمقر له ادفع او افد بالارش لانهما تصادقا على الجناية وعلى الملك فكان ذلك كان معلوما ولا يكون الذي في يده العبد باقراره بعد الجناية مختارا لان الاقرار لا ينقل الملك وانما هو اخبار عن ملك سابق وقال زفر يكون مختارا لان الملك له في الظاهر وقد انتقل بالاقرار بعد الجناية فاما ان صدقه المقر له في الملك وكذبه في الجناية فلا شيء على واحد منهما لان الذي في يده العبد اقر بجناية على ملك غيره والمالك لم يقر في عبده بشيء الا ان يكون الذي في يده كان قد ادعى هذا العبد لنفسه فيكون مختارا لانه في حكم من نقل الملك باختياره واما ان كذبه المقر له في الملك والجناية فيقال له ادفعه او افده لان الاقرار بطل بالتكذيب وكانه لم يكن كذا في شرح مختصر الكرخي قوله لان في الاول ه اي فيما اعتقه المولى وهو لا يعلم بالجناية قوله وفي الثاني ه اي فيما اذا اعتقه بعد العلم بالجناية قوله وعلى هذا من الوجوه البيع والهبة والتدبير والاستيلاد ه يعني اذا وجد امر هذه الاشياء من المولى بعد العلم بالجناية يكون مختارا للفداء واذا وجد قبل العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء ويلزمه الاقل من قيمة الجاني ومن ارش الجناية قوله والحقه الكرخي بالبيع ه اي الحق الاقرار من بيانه قوله واطلاق الجواب في الكتاب ينتظم النفس وما دونه ه اي اطلاق جواب مختصر القدوري يشمل النفس وما دونها لان الجناية اعم من ان تكون واقعة على النفس او على ما دونها فيكون مختارا للفداء اذا فعل شيئا من هذه الاشياء بعد العلم بالجناية سواء كانت الجناية على النفس او على ما دونها وان فعل قبل العلم يلزمه الاقل من قيمة الجاني او الارش قوله وكذا المعنى لا يختلف ه اي لا يختلف المعنى [illegible]

مختارا للفداء ولا يكون مختارا في النفس وما دونها لانه لا يصح الاختيار بدون العلم فاذا علم وفعل بعد ذلك الاعتاق ونحوه كان مختارا وان فعل ولم يعلم لم يكن مختارا ويلزمه الاقل لانه لا حق لولي الجناية فيما زاد على الارش اذا كان الارش اقل واذا كان قيمة الجاني اقل يلزم المولى ذلك لانه لم يفوت بفعله غير ذلك قوله واطلاق البيع ينتظم البيع بشرط الخيار للمشتري هذا على مذهبهما ظاهر لان خيار المشتري ليس بمانع لملك المشتري عندهما وكذا عند ابي حنيفة ايضا لانه يزول ملك البائع وان لم يملك المشتري فاذا باع مع العلم بالجناية والخيار للمشتري فقد فوت محل الدفع فكان مختارا للفداء بخلاف ما اذا باع والخيار له لا للمشتري حيث لا يكون مختارا للفداء لانه ما فوت محل الدفع فلم يوجد دليل اختيار الفداء وكذا اذا عرضه على البيع بعد العلم بالجناية لا يكون مختارا للفداء لانه لم يزل الملك بمجرد العرض فبقي الدفع ممكنا كما كان وقال القدوري في شرحه وقال زفر العرض اختيار لانه يدل على تبقية الملك ولو باع بيعا فاسدا لا يكون مختارا للفداء لعدم زوال الملك الا اذا سلمه الى المشتري فحينئذ يكون مختارا لزوال الملك بالتسليم واذا كاتبه بعد العلم بالجناية كتابة فاسدة بان كاتبه على خمر او خنزير كان مختارا للفداء لان موجب عقد الكتابة وهو خروج العبد عن يد المولى لا من ملكه يثبت قبل قبض البدل فكان مختارا بنفس العقد قوله ولو باعه مولاه من المجني عليه فهو مختار بخلاف ما اذا وهبه منه قال القدوري في شرحه لمختصر الكرخي قالوا في عبد قطع يد رجل فوهبه مولاه له فلا شيء على المولى فان باعه من المجني عليه كان مختارا وذلك لانه لو لم يهبه امكنه التخلص من الجناية بتسليمه فلو ضمنه لضمنه لانه وهبه والهبة [illegible] فاما البيع فيجوز ان يوجب الضمان على البائع فصار كما لو باعه من

اجنبي ولان الهبة تقع موقع الدفع المستحق لانه تمليك بغير عوض والبيع لا يقع موقعه
لانه تمليك بعوض قال ولو امر المولى المجني عليه بعتقه فاعتقه صار المولى مختارا
اذا كان عالما بالجناية لان المجني قام مقامه في العتق فكانه اعتقه بنفسه قوله
فيما ذكرناه اي في العلم بالجناية وعدمه قوله ولو ضربه فنقصه
فهو مختار اذا كان عالما بالجناية ذكره على سبيل التفريع قال الكرخي
في مختصره ولو ضربه ضربا اثر فيه ونقصه وهو يعلم بالجناية فهو مختار وان كان
لا يعلم فان عليه الاقل من قيمته ومن ارش الجناية الا ان يرضى ولي الدم بان ياخذه
وبه ذلك النقصان بغير ضمان يلزمه لذلك النقصان الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله قال القدوري في شرحه وهذه المسئلة اطلقوها في الاصل
فقال يكون مختارا وانما روي عن ابي يوسف انه قال هذا التفصيل فحمل
ابو الحسن ما اطلقه في الاصل على تفصيل ابي يوسف والدليل على انه يكون مختارا
انه حبس جزءا من العبد بفعله ومنع من تسليمه فصار كانه قال اخترت بعضه دون
بعض فيكون مختارا لجميعه والذي قال ابو يوسف فيجوز ان يكون قولهم لان
المنع من الدفع مع النقص انما ثبت لحق ولي الجناية فاذا رضي به فكانه نقص بفعله
من السماء وقال الكرخي في مختصره ولو ضربه المولى خطأ فابيضت عينه
وهو يعلم بالجناية فهو مختار فان ذهب البياض قبل ان يخاصم فانه يدفع العبد
بعينه وليس هذا باختيار وذلك لان بياض العين يمنع من الدفع للنقص الحاصل
وذلك النقص مراعى لجواز ان يزول فاذا زال صار كان لم يكن قال
الكرخي ايضا ولو خوصم في حال البياض فضمنه القاضي الدية وقد كان الضرب
من المولى وهو يعلم بالجناية ثم ذهب البياض فالقضاء نافذ لا يرد لان تعذر
الدفع كان مراعى فلما حكم الحاكم باحد وجهي المراعاة سقط الاخر قوله

وكذا اذا كانت بكرا فوطئها وان لم يكن معلقا ذكره على سبيل التفريع ايضا
اي يكون مختارا للفداء بوطء البكر وان لم يكن الوطء معلقا لانه اتلف جزءا
منها بطريق المشاهدة قوله لما قلنا اشارة الى قوله لانه حبس جزءا
منه قوله بخلاف التزويج اي لا يكون مختارا للفداء بالتزويج لانه
ليس بنقص حقيقة وحسا وانما هو عيب حكمي قوله وبخلاف وطء الثيب
على ظاهر الرواية اي لا يكون مختارا للفداء بوطء الثيب وهذا هو ظاهر
الرواية قال القدوري في شرحه ومن اصحابنا من روى عن ابي يوسف
ان الوطء اختيار في الثيب وجه قولهم المشهور انه استوفى منفعة على
ملكه بحيث لا توجب نقصا في العين فلا تمنع الدفع كالاستخدام وليس هذا كوطء
البكر لانه اتلاف لجزء منها من طريق المشاهدة ولابي يوسف ان الوطء
اجري مجرى اتلاف جزء الا ترى انه اذا حصل في ملك الغير لم يخل من معنى
يجب به اما عقر واما حد واما اذا علقت فقد تعذر الدفع فيها بالاستيلاد فصار
مختارا قوله وبخلاف الاستخدام اي لا يكون مختارا للفداء
ايضا قال الكرخي في مختصره فان استخدمه بعد العلم بالجناية فعطب
بالخدمة فلا ضمان عليه ولا يكون هذا اختيارا وذلك لان الخدمة لا تختص
بالملك فلا تدل على اختيار الملك ولهذا قالوا في العبد المشروط فيه الخيار
اذا استخدمه المشتري ان خياره باق فذلك لا يدل على الاختيار في مسئلتنا ولا
يضمن المولى عطبه في الخدمة لانه ليس بمتعد في استخدامه الا ترى ان منافعه
على ملك المولى فوته من الخدمة كونه بافة سماوية وكذلك لو كان عليه دين
فاستخدمه لم يضمن للغرماء لما بينا ان المنافع على ملكه فاستخدامه ليس بتعد فيه
قوله ولا يصير مختارا بالرهن والاجارة في الاظهر قال

الكرخي في مختصره فان آجره فان الحاكم ينقض الاجارة ويقول له ادفع او افده
وقال الكرخي ايضا ولو كان رهنه وهو يعلم ثم افتكه ثم خوصم في
الجناية فانه يقال له ادفعه او افده والعلم في الرهن وعدم العلم سواء لانه يمكنه
ان يفتكه فلا يكون الرهن اختيارا الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري
في شرحه وقد اختلف جواب هذه المسألة في كتاب الديات لمحمد فقال في بعض النسخ
ان الاجارة والرهن ليسا باختيار ولكن القاضي يفسخها ويخيره ووجه ذلك
ان الاجارة تفسخ بالعذر وتعلق حق الجناية بالرقبة عذر في الفسخ فلم يتم العقد فلا
يصير به مختارا وكذلك الرهن تزول عنه يد المرتهن بغير اختياره اذا قضاه الراهن
الدين فصار كالوديعة وقال في بعض النسخ انه يكون اختيارا ووجهه
ان الاجارة والرهن يتعلق بهما استحقاق اليد على المولى فصارا كالبيع قوله
وكذا الاذن في التجارة وان ركبه دين ه اي لا يصير مختارا للفداء قال
الكرخي في مختصره وان اذن له في التجارة فاستدان دينا فان الحاكم يخيره
ان شاء فداه وان شاء دفعه بالجناية وان اراد دفعه فليس له ذلك الا ان يرضى
المجني عليه ان يقبله ويبيعه في الدين عنده وانما لم يصر بالاذن له في التجارة
مختارا لان الاذن لا يزيل ملكه فلا يمنع دفعه فصار كاستخدامه فاذا لحقه
دين فقد نقصت الرقبة بسبب من جهة المولى فلولي الجناية ان يمتنع من قبوله ناقصا
بالدين ويلزم المولى القيمة لانه لما بطل الدفع من غير اختياره وجبت القيمة قال
الحاكم الشهيد في باب جناية المأذون في كتاب المأذون الكبير من مختصر الكافي
واذا جنى عبد الرجل فاذن له مولاه في التجارة وهو يعلم بالجناية او لا يعلم
فباع او اشترى فلحقه دين لم يصر المولى مختارا للفداء وذلك لانه لم يفعل
فعلا يمتنع به الدفع بل يقال له ادفعه او افده لقيامه على ملكه فان دفعه بالجناية

اتبعه الغرماء فيبيع لهم الا ان يفديه صاحب الجناية بالدين فان فداه صاحب الجناية
بالدين او بيع في الدين رجع صاحب الجناية على المولى بقيمة العبد فسلمت له لان حقه
كان متعلقا برقبته فارغة وانما جاء الشغل بفعل المولى وصار الدفع عند ذلك من بفعل
حيث الصورة لا المعنى وكان الواجب على المولى الدفع من كل وجه صورة ومعنى
وقد امتنع الدفع معنى مضافا الى فعله وهو الاذن السابق فيضمن قيمته كذا في
شرح الكافي قوله قال ومن قال لعبده ان قتلت فلانا او رميته او
شججته فانت حر فهو مختار للفداء ان فعل ذلك ه اي قال في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الرجل يقول لعبده
ان قتلت فلانا فانت حر او رميته فانت حر او شججته فانت حر ففعل من ذلك
شيا قال فهو مختار للدية الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وقال الحاكم
الشهيد في مختصر الكافي ولو قال لعبده ان ضربت فلانا بسيف او بعصا او بشي ط
او بيدك او شججته او جرحته فانت حر ففعل ذلك فمات منه عتق والمولى مختار
للدية الا فيما يجب فيه القصاص يعني لا يجب القصاص على المولى بل يجب ذلك على
العبد اذا فعل ما يوجب القصاص وانما تجب الدية على المولى اذا فعل العبد شيا يوجب
الدية وهذا عندنا وقال زفر لا يكون المولى مختارا للفداء وعليه
قيمة العبد كذا في المختلف وغيره وجه قول زفر ان العتق من المولى
وجد منه بكلام صدر قبل الجناية وبعد الجناية لم يوجد منه فعل فلا يكون مختارا
للفداء والدليل على انه لم يوجد منه فعل بعد الجناية انه لو علق الطلاق
او العتاق بشرط ثم حلف ان لا يطلق او لا يعتق فوجد الشرط بعد ذلك فوقع
الطلاق المعلق او العتاق المعلق لا يحنث في يمينه فلو كان الفعل موجودا منه
بعد الحلف يحنث فكذا فيما نحن فيه لم يوجد منه فعل بعد الجناية ولكنه مستهلك

للرقبة على اولياء الجناية فيجب عليه قيمة العبد كرجل حفر بيرًا على قارعة الطريق وله
عبد فقتل هذا العبد رجلًا خطاءً ثم وقع العبد في البير فمات فان المولى لا يكون
مختارًا للدية ولكنه يصير مستهلكًا للرقبة فيجب عليه قيمة العبد فكذا ههنا ٥
ولنا ان الكلام صار اعتاقًا بعد الجناية لان المعلق بالشرط كالمنجز عند
وجوده فصار كان العبد قتل رجلًا خطاءً ثم رآه المولى فاعتقه بعد ذلك يكون
مختارًا للفداء فكذا ههنا الا ترى ان رجلًا لو قال لامراته اذا مرضت
فانت طالق ثلثًا فمرض ومات من ذلك المرض ورثت المراة لانه لما اضاف الطلاق
الى المرض صار كانه طلقها بعد مرضه وكذا لو قال لامراته ان دخلت الدار فوالله
لا اقربك يكون ابتداء الايلاء من وقت الدخول فكذا ههنا يصير كانه اعتقه بعد
الجناية وهو يعلم بذلك ولان المولى حرض عبده على مباشرة الشرط وهو
القتل بتعليق العتق بذلك الشرط او العتق الذي يحصل بوجود الشرط من اقوى
الدواعي الى وجود الشرط لان العتق محبوب مرغوب فيه فصار العتق المعلق
بالشرط كالمبتدا من المولى بعد وجود الشرط لان الظاهر ان العبد يفعل الشرط
للحرية فيقع العتق فكان مختارًا للفداء لان اختيار الفعل اختيار لموجبه فلزمه
الفداء ضرورة والجواب عما ذكر زفر اولا فنقول ان غرض الحالف
من يمينه ذلك المنع وهو لا يقدر على الامتناع عما علقه قبل الحلف فلم يكن
ذلك داخلًا تحت يمينه ولم يكن ذلك مرادًا بيمينه بل كان المراد منها ما يمكن
الامتناع منه مما يحدث في المستقبل فلم يرد ذلك علينا والجواب عن المسئلة
الثانية انه انما صار متلفًا للعبد بالحفر والحفر فعل حقيقي لا يمكن جعله موجودًا
بعد الجناية فيكون مستغنيًا عن الدفع بفعل وجد منه قبل الجناية فلا يصير مختارًا
للفداء فيلزمه قيمة العبد لا فداؤه قوله على مباشرة الشرط وهو القتل

او الزنى او الشرب قوله اقوى الدواعي ٥ اراد به الحرية قوله اليه ٥
اي الى الشرط والى مرصلة الدواعي ٥ قوله قال واذا قطع العبد يد
رجل عمدًا فدفع اليه بقضاء او بغير قضاء فاعتقه ثم مات من اليد فالعبد صلح
بالجناية وان كان لم يعتقه رد على المولى وقيل للاولياء اقتلوه او اعفوا
عنه ٥ اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في عبد قطع يد رجل عمدًا فدفع العبد اليه بقضاء او بغير
قضاء فاعتقه ثم مات المقطوعة يده من ذلك قال العبد صلح بالجناية وان لم
يعتقه رد العبد على مولاه ويقال للاولياء اما ان تقتلوا واما ان تعفوا
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهذه من الخواص وهي النسخة المعروفة ٥
وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وذكر في بعض نسخ هذا
الكتاب ٥ اي كتاب الجامع الصغير هذه المسئلة على خلاف هذا الوضع وقال
في رجل قطع يد رجل عمدًا فصالح المقطوعة يده القاطع على عبد ودفعه اليه فاعتقه
المقطوعة يده ثم مات من ذلك قال العبد صلح بالجناية وان لم يعتقه رد على مولاه
ويقال للاولياء اما ان تقتلوا واما ان تعفوا فاتفق الجواب واختلف السوال
يعني اتفق جواب النسختين حيث كان العبد صلحًا بالجناية اذا كان اعتقه واذا لم
يعتقه فكان اولياء القتيل على خيرة بين العفو والقتل ولكن اختلف السوال
اي وضع المسئلة لان في النسخة المعروفة الجاني عبد فدفع في قطع اليد بدون لفظ
الصلح وفي النسخة الثانية الجاني حر فدفع عبده بدلا عن الصلح في قطع اليد قال
شيخ الاسلام والاولى حجة على ابي حنيفة في الاختلاف الذي بينا يعني اذا قطع
الرجل يد رجل عمدًا فقال المقطوعة يده عفوت عن القطع ثم مات منها قال ابو حنيفة
على القاطع الدية في ماله وقال ابو يوسف ومحمد العفو عن القطع عفو عن

القطع وعن النفس كما اذا عفا عن الجناية او عفا عن القطع وما يحدث فلما لم يكن
العفو عن القطع عن الجناية على النفس على اصله كان ينبغي ان لا يقع العبد المدفوع
صلحا عن الجناية على النفس اذا مات المجني عليه فقال فخر الاسلام وذكر بعض
مشايخنا في الجواب ان المسئلة موضوعة في الجناية وانما اخذوا ذلك من قوله العبد
صلح بالجناية قال وهذا التاويل باطل لانه لو كان كذلك لصح الصلح
اعتقه او لم يعتقه ولما فصل وجعل للاولياء حق القصاص فبطل هذا التاويل
ثم قال فخر الاسلام وقال بعضهم ان هذا صلح فاسد عند ابي حنيفة فاوجب
الملك فصح اعتاقه قال وهذا ليس بشيء لان هذا الصلح باطل اصلا عند
ابي حنيفة وانما تبقى صورته لا ان يكون فاسدا ولو كان هذا على هذا الوجه
لوجبت على المعتق قيمته الذي اعتقه ردا للفاسد ووجبت على الاحرار الدية واذا لم
يعتقه رد العبد فلا يجب القصاص لان الفاسد لا يبقى شبهة قال
واما الجواب الصحيح ان الدفع في المسئلة المعروفة باطل عند ابي حنيفة لانه دفع
بالقطع الذي كان موجبه المال فلما سرى صار موجبه القصاص فلم يكن الدفع
فيه حكما لان الدفع وقع عن غير حقه فبطل الدفع والباطل لا يورث الشبهة كما اذا
وطئ المطلقة الثلاث في عدتها مع العلم بالحرمة حيث يجب الحد فكذا هنا لما لم يورث
الشبهة وجب القصاص هذا اذا لم يعتقه قال فخر الدين قاضي خان وهذا
بخلاف ما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس حيث لا يجب القصاص لان العفو
ابطل حكم الجناية فصار شبهة في درء القصاص فاما الدفع في الجناية فلا يبطل الجناية ى
الجناية بل يقرر موجب الجناية وتقرير موجب الجناية لا يكون ابطالا لها واما
اذا اعتقه ثم مات فقال فخر الاسلام اذا اعتقه مع علمه انه اذا سرى يبطل الدفع
يبطل اعتاقه كان ذلك منه دلالة على ابتداء الصلح على رقبة العبد عما يحدث تحقيقا

لما قصده يعني لو لم يجعل اقدامه على الاعتاق صلحا مبتداء على رقبة العبد عما يحدث
من القطع لم يصح اعتاقه فكان ذلك صلحا من المجني عليه لان الاعتاق مما لا
ينفسخ وكذا المولى راض بالصلح ايضا ظاهرا لانه لما رضي بالعبد جزاء عن القليل
فعن الكثير اولى يعني لما رضي ان يكون عبده جزاء عن قطع اليد كان ارضى بان
يكون جزاء عن النفس فجعل الاعتاق دلالة على الصلح من المجني عليه والمولى جميعا
فاذا عدم الاعتاق فقد عدمت هذه الدلالة قال وكذلك في المسئلة الثانية
ان اعتقه كان ذلك دلالة على ابتداء الصلح والجاني راض بذلك ايضا لما قلنا
فانعقد صلحا مبتداء فاذا عدم الاعتاق عدمت دلالة ابتداء الصلح فبقيت
الشبهة في حق وجوب القصاص ان العقد الثاني اذا لم يتجدد وبطل الاول لم لا
يصير الاول شبهة قال والجواب عنه اما في المسئلة المعروفة فالجواب
سهل لان الدفع ليس بتصرف مبتدا بل هو تسليم للواجب فاذا بطل الواجب بطل
التسليم اصلا فلا يبقى ما يصلح شبهة فوجب القود واما في المسئلة الاخرى وهي
مسئلة الصلح على رقبة العبد عن جناية مولاه فانه مشكل الحكم بالقصاص فقال
مشايخنا لا نعرف لهذا تاويلا الا ان نحمل جواب الكتاب على القياس انه يجب
القصاص وفي الاستحسان تجب الدية كما ذكر في هذا الكتاب وغيره
كذا قال فخر الاسلام في شرح الجامع الصغير قوله لانه لا صحة له
بدون ان يجعل صلحا عن الجناية وما يحدث منها اي لا صحة للاعتاق بدون
ان يجعل اقدام المجني عليه على الاعتاق صلحا عن الجناية وما يحدث منها تحقيقا
لما قصده فكان اقدامه عليه صلحا مبتداء قوله وذكر في بعض النسخ
اي في بعض نسخ الجامع الصغير وقد ذكرنا تلك النسخة بتمامها قبل هذا قوله
وهذا الموضع يرد اشكالا فيما اذا عفا عن اليد ثم سرى الى النفس ومات اي وضع

الجامع الصغير في النسخة المعروفة وفي النسخة الاخرى جميعا بد اشكالا لان في تلك
المسئلة اعني فيما اذا عفا المقطوعة يده ثم سرى القطع الى النفس فمات حيث لا يجب
القصاص ثمة بل تجب الدية لكون العفو عن اليد شبهة وفي مسئلتنا هنا يجب
القصاص اذا لم يعتقه المدفوع اليه فسرى القطع الى النفس فلا يجعل دفع العبد
في قطع اليد شبهة وهذا هو البيان وقال بعضهم اراد بهذا الوضع
الوضع الثاني يعني النسخة التي هي غير النسخة المعروفة من نسخ الجامع الصغير
وذلك بعيد عن التحقيق ه **قوله** قيل ما ذكر هنا جواب القياس ه
يعني يجب القصاص اذا لم يعتقه قياسا في هذه المسئلة على النسختين جميعا فاجاب
محمد بوجوب القصاص قياسا وفي الاستحسان تجب الدية وثمة في مسئلة
العفو عن اليد وسرايته الى النفس بعد ذلك تجب الدية استحسانا فوقع جواب
المسئلة ثمة استحسانا وفي القياس يجب القصاص ثمة ايضا فكان الوضع
في هذه المسئلة والوضع في تلك المسئلة على القياس والاستحسان فيرد القياس [illegible]
والاستحسان في المسئلتين جميعا فاندفع الاشكال **قوله** وقيل [illegible]
فرق ه اي بين هذه المسئلة ومسئلة العفو عن اليد حيث وجب القصاص [illegible]
يجب القصاص ثمة بل وجبت الدية وجه الفرق ان في [illegible]
العفو عن اليد [illegible] لا حق له فيما سرى تبين ان العفو كان عن غير [illegible]
فبطل العفو حكما ولكنه كان واقعا حقيقة فكان ذلك شبهة في [illegible]
وهنا فيما نحن فيه الصلح لا يبطل الجناية بل يقررها فوجب القصاص وهذا
معنى قوله فاذا لم تبطل الجناية لم يمتنع العقوبة وهي القصاص **قوله** اذا لم
يعتقه فالتخريج ما ذكرناه ه وذلك لان اقدامه على الاعتاق يدل على قصده
تصحيح الصلح فيكون العبد صلحا بالجناية وقد مر تقرير ذلك قبل هذا **قوله**

قال واذا جنى العبد المأذون له جناية وعليه الف درهم فاعتقه المولى ولم
يعلم بالجناية فعليه قيمتان قيمة لصاحب الدين وقيمة لاولياء الجناية ه اي قال في
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل اذن لعبده في التجارة فادان الفا وقيمته الف ثم جنى جناية فاعتقه المولى
ولا يعلم قال عليه قيمتان قيمة لولي الجناية وقيمة لولي للغرماء الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير وذلك لانه اتلف حقين لانه اتلف بالاعتاق حق البيع على الغرماء
وحق الدفع على صاحب الجناية وحق الغرماء في الثمن وحق ولي الجناية في الرقبة
فكانت جنايتين مختلفتين ومراعاة الحقين كانت ممكنة من الرقبة بان تدفع الى
ولي الجناية اولا ثم تباع في الدين ه واورد الفقيه ابو الليث في شرح الجامع
الصغير في هذا المقام سؤالا وجوابا فقال فان قيل لو كان اجنبي هو
الذي قتل العبد لم يجب عليه اكثر من قيمة واحدة فلم يجب ههنا قيمتان قيل
لان الاجنبي لم يكن ماخوذا بالدفع ولا بقضاء الدين فلا يجب عليه اكثر مما
[illegible] اما المولى فكان مطالبا بذلك الا ترى انه لو قتله وهو
[illegible] وجب عليه في الجناية الدية ولو كان القتل من قبل الاجنبي لا يجب عليه
[illegible] **قوله** ولم يعلم بالجناية وانما قيد بعدم العلم لانه اذا علم
[illegible] كان مختارا للفداء فوجبت الدية ووجبت القيمة لصاحب الدين لان
[illegible] العلم بالجناية يوجب الارش لا القيمة وقد مر ذلك في هذا الباب
[illegible] بان يدفع الى اولياء الجناية ثم يباع للغرماء وانما يعمل كذلك ايفاء
للحقين لانه اذا بدئ بالدين وبيع فيه يتعذر الدفع الى ولي الجناية لان الملك
تجدد للمشتري ولم يوجد في يده جناية قال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي
في كتاب المأذون الكبير فان اعتقه وعليه ديون وجنايات اكثر من قيمته ولم يعلم

بالجناية غرم لأصحاب الدين قيمته بالغة ما بلغت لأنه ضمان مال في حقهم ولأصحاب
الجناية الأقل من قيمته ومن عشرة آلاف درهم إلا عشرة لأنه قيمة الدم يعني
إذا كان المقتول عبدًا أوجب عليه قيمتين وإن أتلف رقبة واحدة ولو كان
المتلف أجنبيًا كان عليه قيمة واحدة قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي
في تعليله لأن الضمان عليه بإتلاف العبد وهو واحد والضمان على المولى ليس بإتلاف
العبد ولكن بإتلاف الحق وقد أتلف حقين لأن هذه الرقبة تصلح وفاء للحقين على
الكمال قبل العتق فإن حكم الشرع عند اجتماع الدين أن يدفع ثم يباع وقد تعذر
كل ذلك فتى فوتت حقين ضمن قيمتين ولا خصومة بين الغرماء وأصحاب الجنايات
يريد به أنه لا يشارك بعضهم بعضًا فيما يستوفي لأنهما حقان مختلفان وجبا بسببين
مختلفين في محلين مختلفين وإن أعتقه وهو يعلم بالجنايات ضمن الجنايات كلها لأنه
صار مختارًا للفداء في حقهم كذا في شرح الكافي قوله فيغرمها أي يغرم
المولى الحقين بالإعتاق لصاحب الدين وولي الجناية قوله فلا يظهر بمقابلته
الحق لأنه دونه أي لأن الحق دون الملك يعني لا يضمن الأجنبي سوى قيمة
العبد للمولى ولا يضمن لولي الجناية شيئًا ثم يدفع المولى تلك القيمة إلى ولي الجناية
وأصحاب الدين قوله قال وإذا استدانت الأمة المأذون لها ثم ولدت
فإنه يباع الولد معها في الدين وإن جنت جناية لم يدفع الولد معها أي في الجامع قال
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل أذن لأمته
في التجارة فاستدانت دينًا ثم ولدت قال يباع ولدها معها في الدين وإن جنت جناية
ثم ولدت دفعت الأم ولم يدفع الولد إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير والفرق
أن الدين واجب عليها متعلق برقبتها فيتعلق بجميع أجزائها والولد ~~ليس~~ من أجزائها فكما
تباع الأم يباع الولد بمنزلة ولد المرهونة أما موجب الجناية فالدفع أو الفداء وذلك

على المولى فكانت رقبتها خالية عن الحق فلا يتعلق بالولد وإنما تصير الجارية ملكًا لأو ليا؛
الجناية بعد التسليم وبعد التسليم الولد منفصل عنها قال الفقيه أبو الليث
وليس الجناية كالدين لأن موجب الجناية على المولى في رقبتها وأما الدين في رقبتها
وليس على المولى ألا ترى أن المولى لو باع الأمة وعليها دين فللغرماء
أن يبطلوا البيع ولو كانت عليها جناية فباعها المولى فليس لأصحاب الجناية
ت أن يبطلوا البيع ولكنهم يتبعون المولى ولأن تعلق الدين برقبة العبد المأذون
أمر حكمي والأوصاف الحكمية تسري إلى الولد كالكتابة والرهن وأما محل
الدفع وهو الجاني والدفع وصف حقيقي والأوصاف الحقيقية لا تسري إلى الولد
وجملة القول فيه ما قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي وإذا جنت
الأمة جناية ثم ولدت ولدًا أو اكتسبت كسبًا أو جني عليها فأخذ المولى أرشها فإنه
يتر يدفعها بالجناية وأرشها ولا يدفع ولدها وكسبها لأن حكم الجناية وجوب الدفع بالجناية
وولدها وكسبها لا يوصف بالجناية وليس هذا من قبيل حق وجب في رقبتها حتى
يسري إلى ولدها بمنزلة الدين لأن الواجب في الحقيقة الفعل على المولى ومن وجب عليه
الفعل في محل لا يلزمه الفعل في محل آخر ومتى لم يجب دفع ولدها إليه لا يجب دفع
كسبها وهو أبعد من الولد أولى وجب دفع الأرش لأنه بدل الطرف قائم مقام
الطرف فكان الطرف قائم ولو كان قائمًا حقيقة يلزمه دفعها لأنها واجبة
الدفع بجميع أجزائها هكذا إذا كان قائمًا حكمًا وإن كان وجب لها الأرش قبل جنايتها
لم يدفع لأن حق ولي الجناية لم يكن متعلقًا بطرفها حين جنت فلا يتعلق بأرشها
ت فإن لم يعلم ذلك فالقول فيه قول المولى لأنه عرف حقًا للمولى ولا يثبت الاستحقاق
عليه بالشك وإن كان وجب لها الأرش بعد جنايتها فاستهلك المولى الأرش أو
وهبه للجاني عليها لم يكن مختارًا وله أن يدفعها ويغرم مثل ما استهلك من أرشها وإن

كان الجاني عليهما عبد فدفع بالجناية وقبضه المولى دفعه معها بجنايتها لان العبد
قايم مقام طرفها وقد ذكرنا انها واجبة الدفع بجميع اجزائها عند اختيار الدفع كما في
الارش فان اعتق العبد صار مختارا للامة وعليه الدية لان العبد قايم مقام
الطرف فصار اعتاقه واستهلاكه بمنزلة طرفها حقيقة ولو استهلك طرفها حقيقة
اليس يجعل مختارا للفداء في كلها لانه مما لا يتجزى فكذا اذا استهلك ما هو
قايم مقام طرفها حكما بخلاف ما اذا اتلف الارش وهو دراهم او دنانير حيث
لم يجعل مختارا للفداء وان كان قايما مقام طرفها حكما لان الارش غير متعين
للدفع شرعا الا ترى انه لو امسكها ودفع مثله له ذلك فلا يتحقق استهلاك
ما لزمه دفعه حتى يصير مختارا بخلاف العبد فانه متعين الدفع عند اختياره
ولو اعتق العبد وهو لا يعلم بالجناية من الامة دفع الامة وقيمة العبد لانه
بمنزلة بعض العبد والحكم في كل الجناية هكذا اذا امتنع دفعها وهو لا يعلم بجنايتها
فكذا في بعضها كذا في شرح الكافي **قوله** واذا قال العبد لرجل زعم
رجل ان مولاه اعتقه فقتل العبد وليا لذلك الرجل خطاء فلا شيء له وهذه
مسئلة الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه في عبد لرجل زعم رجل ان مولاه اعتقه ثم ان العبد جنى على ولي هذا
الذي زعم انه اعتقه فقتله خطاء قال ليس لهذا الذي زعم انه اعتقه قليل ولا
كثير الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان من زعم المعتق بالعتق ان موجب
جنايته على عاقلته وكان ذلك منه ابراء للمولى والعبد فلزمه ما اقر به من الابراء
لان الانسان مواخذ بزعمه ولم يصح ما ادعاه من غير حجة فلم يكن له شيء
اصلا كذا قالوا في شروح الجامع الصغير **قوله** قال واذا اعتق العبد
فقال لرجل قتلت اخاك خطاء وانا عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول

العبد اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في عبد اعتق ثم قال لرجل قتلت اخاك خطاء وانا عبد وقال
الرجل بل قتلته وانت حر قال القول قول العبد اذا علم انه كان عبدا فاعتق
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لانهما اتفقا على براءة العبد لانه ان كان
قتله وهو عبد فان الضمان على مولاه بقيمة العبد او الفداء لان المولى اذا اعتقه بعد
العلم بالجناية فعليه الفداء وان كان اعتقه قبل العلم فعليه القيمة وان كان
قتله بعد الاعتاق فذلك على عاقلة مولاه وان كان حرا فذلك على عاقلته
ايضا وان كان لا عاقلة له فحينئذ لزم موجب جنايته عليه فاذن العبد انكر
الضمان اصلا لما انه نسبه الى حالة معهودة تنافي وجوب الضمان لانه لا يتصور
وجوب الضمان في قتل الخطاء على العبد في حال رقه اصلا فلذلك جعل القول قول
العبد في هذه المسئلة بالاجماع بخلاف المسئلة التي تليها كما اذا قال البالغ طلقت
امراتي وانا صبي او قال العاقل طلقت امراتي وانا مجنون وكان جنونه معروفا
يكون القول قوله لانه اسند اقراره الى حالة معهودة منافية لصحة الاقرار لان
الصبي والجنون ينافي ذلك وكذلك اذا قال اقررت بهذا المال لفلان وانا صبي
وقال المقر له [illegible] وانت بالغ فالقول قول المقر لان الصبي ينافي وجوب
الاقرار وكذا اذا قال لعبده اعتقتك قبل ان اخلق او قبل ان تخلق **قوله**
لما ذكرنا اشارة الى قوله لما انه اسنده الى حالة معهودة منافية للضمان
قوله قال ومن اعتق جارية ثم قال لها قطعت يدك وانت امتي وقالت
قطعتها وانا حرة فالقول قولها وكذلك كل ما اخذ منها الا الجماع والغلة
استحسانا وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا يضمن الا شيئا بعينه
يؤمر برده عليها اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن

ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل اعتق جارية له ثم قال قطعت يدك وانت امتي
فقالت لا بل قطعتها وانا حرة قال القول قول الجارية وكذلك ما اخذ منها
الا الجماع والغلة وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد لا
يضمن في شيء من ذلك والقول قوله الا ان يقر المولى بشيء بعينه في يده فيرده
ولا يصدق عليه واذا قال جامعتك وانت امة لي فقالت لا ولكنك
جامعتني وانا حرة فالقول قول الرجل في قولهم جميعا الى هنا لفظ محمد في اصل
الجامع الصغير وجه قول محمد انه اضاف الفعل الى حالة معهودة
تنافي تلك الحال وجوب الضمان فكان القول قوله كما في المسئلة الاولى وكما في
الوطء والغلة وذكر القدوري في التقريب قول زفر كقول محمد ولهما
ان المولى ما اضاف الاقرار الى حالة منافية للضمان فان قطع المولى يدها
يوجب الضمان اذا كانت مديونة وكذلك اذا اتلف من كسب عبده المأذون
المديون يضمن فلا يكون منكرا للضمان بل يكون مدعيا للبراءة بخلاف العقر
فان حق الغرماء لا يتعلق بمنافع بضعها وان كانت مديونة لانها ليست بمال فلم
يكن مقرا بل كان منكرا وكذلك اخذ الغلة فان المولى اذا ضرب على عبده
غلة وهو مديون يصح ولو اخذ لا يكون مضمونا على المولى فكان منكرا كذا ذكر
فخر الدين قاضي خان في شرح الجامع الصغير ولان قطع المولى اليد عبده
جناية بدلالة انه لا يملك ذلك ومتى اعترف بجناية ثم ادعى معنى يوجب سقوط
الضمان لم يصدق كدعوى البراءة ولانه لما اقر بالجناية ثم ادعى التاريخ وكل
امر حادث لا يعلم تاريخه نحكم بوقوعه في اقرب الاوقات واقرب الاوقات حال
الخصومة فيتعلق به الضمان قال القدوري في التقريب ولا يلزم على هذا
اذا قال الحاكم بعد العزل قطعت يدك في سرقة او قصاص لان فعل الحاكم ليس

بجناية ومتى لم يعترف بجناية قبل قوله في اضافة ذلك الى حالة معلومة ٥
قال الفقيه ابو الليث وهذه المسائل على ثلاثة اوجه في وجه يكون
القول قول المولى وفي وجه يكون القول قول الجارية وفي وجه اختلفوا
فاما الوجه الذي يكون القول فيه قول الجارية انه اذا اقر المولى انه اخذ منها
مالا والمال قائم في يد المولى وقت المنازعة فقال المولى اخذته منك قبل
العتق وقالت الجارية اخذته مني بعد العتق فالقول قولها لان الاختلاف وقع
في تحويل المال فادعى المولى انه تحول الى ملكه والجارية منكرة فالقول قولها
واما الوجه الذي يكون القول فيه قول المولى اذا اخذ منها الغلة او وطئها
وقال انما فعلت ذلك في حال الرق وقالت الجارية بل فعلت في حال الحرية فالقول
قول المولى لان وطء الحرة مرة يوجب المال ومرة لا يوجب لانه لو كان زنا بالجا
لا يجب به المهر وفي اخذ الغلة ايضا مرة يجب الضمان ومرة لا يجب لانه لو غصب الحر
واستغله لا يجب الضمان فلما كان في الحرة مرة يجب الضمان ومرة لا يجب
المهر للامة اشتبه الامر فلا يجب بالشك واما الذي اختلفوا فيه فهو ما اذا
استهلك مالها او قطع يدها على الاختلاف الذي ذكرنا قوله كما في المسئلة
الاولى اشارة بها الى قوله واذا اعتق العبد فقال لرجل قتلت اخاك خطأ وانا
عبد وقال الآخر قتلته وانت حر فالقول قول العبد قوله كما اذا قال
لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك
اليمنى مفقوءة فان القول قول المقر له وذلك لان المقر اقر بسبب الضمان ثم ادعى
ما يبرئه بيان ذلك ان المماثلة فيما دون النفس معتبرة حتى لا يؤخذ اليمنى باليسرى ولا
اليسرى باليمنى ولا اليد الصحيحة بالشلاء فاذا كان كذلك تعين القصاص في اليمنى من
عيني الجاني فاذا فاتت قبل العدول من الموجب الاصلي وهو القصاص الى المال سقط

حق المجني عليه اصلا كما اذا قتل العبد الجاني او مات ومراد المقر من هذا الكلام
براءة ذمته عن الضمان اصلا ومراد المقر له دعوى نصف الدية لانه اذا فقئت عينه
اليمنى ويمنى الفاقئ حينئذ مفقوءة يجب عليه نصف الدية قوله وهذا
لانه ما اسنده الى حالة منافية للضمان اي لا محالة واشار به الى قوله اقر بسبب
الضمان ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له قوله قال واذا امر العبد
المحجور عليه صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية وهذه المسألة بهذه الصورة
ذكرت في بعض نسخ الجامع الصغير ولم تذكر في البعض ولهذا لم يذكرها الفقيه
ابو الليث ولا فخر الاسلام وذكرها القاضي ابو طاهر الدباس والصدر الشهيد
وقاضي خان فقال قاضي خان عبد محجور عليه امر صبيا حرا بقتل رجل ففعل فعلى
عاقلة الصبي الدية ولا شيء على الامر وكذا اذا كان الامر صبيا وكذا لو كان
المأمور عبدا محجورا عليه كانت الدية على مولى المأمور اذا اختار الفداء ولا يجب
على الامر لان امر الصبي والعبد غير معتبر كالاقرار والكفالة الا ان الامر اذا
كان صبيا بطل امره اصلا لا يؤاخذ للحال ولا بعد البلوغ وان كان الامر عبدا
لا يؤاخذ للحال ويؤاخذ بعد العتق فيرجع مولى القاتل على الامر بالاقل من الفداء
ومن قيمة القاتل لان قول العبد معتبر في حقه الا انه لا يؤاخذ قبل العتق لحق
المولى فاذا اعتق زال حق المولى فيؤاخذ به كذا في شرح الجامع الصغير لقاضي خان
قوله وكذا اذا كان الامر صبيا ه قال محمد في اصل الجامع الصغير
عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في الصبي الحر يأمر الصبي الحر ليقتل رجلا
فقتله قال على عاقلة الصبي القاتل ديته وليس على الامر ولا على عاقلته شيء ه انما
الصبي القاتل فان عمده خطأ فوجبت الدية على العاقلة وامر الصبي باطل لانه
محجور الا ترى ان اقراره وكفالته باطلة اصلا فلم يلزمه ولا على عاقلته شيء

قوله لانهما لا يؤاخذان باقوالهما ه اي لان العبد المحجور والصبي لا يؤاخذان
باقوالهما لان اعتبار القول بالشرع ولم يعتبر الشرع قولهما قوله ويرجعون
على العبد الامر بعد العتاق ه اي يرجع عاقلة الصبي على العبد الامر بعد العتاق
هكذا ذكر الصدر الشهيد وفخر الدين قاضي خان في شرحيهما وفيه نظر لانه
خلاف الرواية في الزيادات وسنذكر رواية الزيادات مع جميع فروعها الا اذا
اريد قول ابي يوسف الذي رواه القدوري في التقريب قال وروى
الحسن عن زفر في عبد امر صبيا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية ثم يرجع عاقلة
الصبي على سيد العبد فيقال له ادفع العبد الى العاقلة او افده بالدية وقال
ابو يوسف على عاقلة الصبي الدية ثم يرجعون على العبد اذا اعتق بالاقل من الدية
او قيمة العبد وجه قول زفر انهم يطالبون المولى في الحال لانه لما حمل
الصبي على الفعل صار آلة له مثل ان يكره رجلا على قتل آخر بنفس العبد في
الحال وكما لو امره بضربه فضربه وانما قال ابو يوسف بالرجوع على العبد اذا اعتق
لانه يصير غاصبا فبقي الضمان متعلقا بقول العبد فيتأخر الى حال الحرية كالاقرار
بدين كذا في التقريب قوله لان عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال
لا لنقصان الاهلية ه اي لان عدم اعتبار قول العبد المحجور لرعاية حق المولى لا
لنقصان الاهلية في العبد وقد زال حق المولى بعد العتق فيؤاخذ لزوال المانع وفي
الصبي لم يعتبر قوله لقصور اهليته قوله وكذلك ان امر عبدا ه يعني اذا كان
الامر والمأمور عبدين محجورا عليهما قال في اصل الجامع الصغير عبد محجور
امر عبدا محجورا بقتل رجل فقتله قال على القاتل الدية وليس على الامر ولا على عاقلته
شيء ه اراد بقوله على القاتل الدية اذا اختار مولاه الفداء فيفدي عنه بالدية لان
عاقلة العبد مولاه فيقال لمولاه ادفعه او افده ه كذا قال الفقيه ابو الليث ه

ثم قال ومعنى قوله وليس على الآمر شيء يعني لا شيء عليه ولكن يجب عليه بعد
العتق قال وهكذا ذكر في الزيادات ان العبد اذا امر عبدا آخر حتى قتل رجلا يقال
لمولى القاتل ادفعه او افده بالدية ثم ينظر الى الآمر ان كان ماذونا يجب عليه قيمة
المامور وان كان محجورا يجب عليه بعد العتق لانه لما امره بالقتل حتى قتله صار
غاصبا له والعبد الماذون يجب عليه ضمان الغصب اذا اقر به ٥ واما المحجور لا
يجب عليه الا بعد العتق لان مرجع هذا الغصب يرجع الى القول فصار كالاقرار
منه بالغصب فثبت ان الذي قال ههنا ليس على الآمر شيء ٥ اي ليس عليه في الحال
ولكن يجب عليه بعد العتق ولا يجب على العاقلة لان العاقلة لا تعقل عن العبد
الى هنا لفظ الفقيه في شرح الجامع الصغير ثم نبين ما وعدنا من
رواية الزيادات فنقول الاصل هنا ان العبد المحجور والصبي المحجور يواخذان
بافعالهما لا باقوالهما وضمان فعل العبد ضمان غصب لكونه محلا له وضمان فعل
الصبي الحر ضمان جناية لا ضمان غصب لعدم كونه محلا للغصب قال في
شروح الزيادات حر امر صبيا حرا بان يقتل رجلا فقتله فديته على عاقلة الصبي
لان الصبي مواخذ بافعاله وافعاله صحيحة لكن عمده وخطاؤه سواء وهو
خطاء كله فوجب الدية على عاقلته ويرجع عاقلة الصبي على عاقلة الآمر لانهم
لان الصبي الحر يصير بالتعدي بطريق الجناية الا ترى ان من غصب صبيا
صغيرا فحمله على المهالك حتى مات بصاعقة او عقر سبع وجبت ديته على عاقلة الغاصب
بطريق الجناية كانه قتله خطاء فكذلك هنا يصير هذا جناية على الصبي بطريق
التسبيب ولو اتصل بذلك تلف لزمه الدية فكذلك اذا اتصل به ضمان الدية له ولو
امر الرجل عبدا صغيرا او كبيرا ماذونا او محجورا بان يقتل رجلا فقتله قيل لمولاه
ادفعه او افده ان كان خطاء من الكبير فاذا فعل ذلك رجع على الحر بالاقل من قيمته ومن

ارش الجناية ٥ اما وجوب ضمان الجناية على المولى فلان الامر بالجناية لا ينقل
فعل المامور الى الآمر واما الرجوع فواجب بحكم الغصب لان العبد يضمن بالغصب
فيضمن اقل الامرين كما اذا غصبه فجنى عنده وذلك انه استعمله فصار غاصبا ولو كان
هذا الحر امر مكاتبا بطل امره ولم يلزم الآمر شيء صغيرا كان المكاتب او كبيرا
لان الجناية انما تحقق بواسطة الاستعمال واثبات اليد والمكاتب ليس بمحل له ٥
الا ترى ان غصبه لا يتحقق وجعل حال المكاتب الصغير فوق الحر الصغير لان
المكاتب انما ثبت حكما لكتابته وكتابة الصغير مثل كتابة البالغ ٥ واما الحر الصغير
فلا يد له على نفسه الا ترى ان من غصب مكاتبا فنقله الى المكان حتى عطب لم
يضمن شيئا ولو غصب حرا صغيرا ضمن ديته ويعقله عاقلة الغاصب فكذا هذا وهذا
اذا كان الآمر حرا ٥ واما اذا كان الآمر عبدا فان كان العبد كبيرا ماذونا
او صغيرا ماذونا فان امر عبدا مثله صغيرا او كبيرا ماذونا او محجورا بالقتل فقتل
دفعه مولاه او فداه ثم يرجع بالاقل من ذلك في رقبة الآمر لان هذا ضمان غصب
وهو بمعنى التجارة لانه يملك المضمون باداء الضمان والعبد الماذون اهل للقول
يجر اليه الضمان التجارة كالاقرار بالغصب ٥ وان كان المامور صبيا حرا وجب
دية القتيل على عاقلته ولا شيء على العبد لانه ليس من اهل ان يلحقه ضمان الجناية
في الحال ولا يلزم مولاه لانه محجور عن القول الذي يتعلق به ضمان ما ليس بتجارة كالكفالة
ولا يلحقه وان عتق لان يوجب ذلك على مولاه لو صح فاذا بطل لم يلزم العبد شيء ابدا
كالواقرار بالجناية في هذه الرواية علم ان ما ذكره صاحب الهداية بقوله ويرجعون على
العبد الآمر بعد العتاق فيه نظر ولو كان الآمر عبدا كبيرا محجورا عليه والعبد
المامور مثله او صغيرا او محجورا وماذون فانه يدفع او يفدي ولا يرجع مولاه على
الآمر بشيء لان المحجور لا يواخذ بضمان مال يجره القول كالاقرار بالدين والكفالة واذا

وإذا عتق لحقه ذلك كما قلنا في الإقرار بالدين بخلاف الجناية ه ولو كان المأمور صبيا
حرا لم يجب على الآمر شيء بحال ولو كان الآمر صبيا حرا مأذونا أو عبدا صغيرا
مأذونا فإن كان المأمور عبدا وجبت قيمته على الآمر إلا أن تكون الأرش أقل لأنه
أهل لضمان التجارة بقوله ه وإن كان المأمور صبيا حرا فلا شيء على الآمر بحال
لأن أمره في حكم الجناية لغو ه ولو كان الآمر صبيا حرا محجورا فإنه لا يلحق الآمر
شيء من ضمان الغصب والجناية جميعا لما ذكرنا من فساد أمره ه ولو كان المأمور
مكاتبا في جميع هذه المسائل لم يضمن الآمر شيئا لما قلنا ه ولو كان الآمر مكاتبا
صغيرا أو كبيرا والمأمور عبد محجور أو مأذون صغير أو كبير رجع مولى المأمور على
المكاتب بقيمته إلا أن تكون الأرش أقل أعني قيمة المأمور لأن المكاتب أهل لضمان
الغصب إلا أن تكون قيمة المأمور عشرة آلاف أو أكثر فيغرم المكاتب عشرة آلاف
إلا عشرة وهذا الواجب ضمان غصب حتى وجب قيمة المأمور ولم يجب قيمة المكاتب
وفيه إشكال وهو أن ضمان الغصب غير مقدر فيجب بالغا ما بلغ وضمان الجناية
مقدر فكيف قدر هنا بعشرة آلاف إلا عشرة والجواب نعم هذا ضمان
الغصب ولكن حصل بسبب الجناية فباعتبار الغصب وجب قيمة المأمور وباعتبار
السبب وجب التقدير ولو كان المأمور حرا صغيرا رجعت عاقلته على المكاتب بالأقل
من قيمته ومن الدية لأن حكم الجناية المكاتب بهذا لأنه من أهل الالتزام وذلك لأن
المكاتب صار كالجاني على الحر أو كالمقر بالجناية وذلك صحيح يلزمه قيمته فكذلك
هنا وجب حالا لأن القيمة خلف عن الرقبة ولا أجل في تسليم الرقبة فكذلك فيما يخلفها
فإن عجز المكاتب فإن لم يقض عليه بأرش الجناية بطل ذلك كما إذا أقر بالجناية ثم عجز
لأن جنايته إنما تصير دينا عليه بالقضاء ولم يوجد فأما إذا عجز بعد القضاء عليه
فإن ذلك يبطل عند أبي حنيفة وعند أبي يوسف ومحمد يصير دينا عليه [illegible]

المسألة في الإقرار بالجناية كذا في الزيادات وشروحها قوله ولا رجوع
له على الأول ه أي لمولى القاتل على العبد الآمر قوله قال وإذا قتل
العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد وليي كل واحد منهما فإن
المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم ه أي قال في الجامع
الصغير وذلك لأن الرقبة بحكم القود صارت بين أولياء القتيلين لكل واحد منهم
ربعه فإذا عفا اثنان بطل حقهما وبقي حق الآخرين في النصف فلذلك قيل له ادفع
نصفه وأما الفداء فإنما يكون ببدل القتيلين والفداء بعشرين ألفا إذا سقط القصاص ص
وقد سقط بالعفو وانقلب مالا لأنه صار كأنه وجب المال من الابتداء وحصة
كل واحد منهم خمسة آلاف درهم فلما عفا اثنان منهم بطل حقهما فبقي حق كل واحد
من الباقيين في خمسة آلاف فلذلك فداه بعشرة آلاف إن شاء قوله
فإن كان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمد فإن فداه المولى
فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف للذي لم يعف من وليي العمد وعشرة آلاف لوليي
الخطأ ه وهذه من مسائل الجامع الصغير وذلك لأن نصف الحق من حق وليي
العمد بطل بالعفو فبقي النصف وصار مالا ولم يبطل شيء من دية القتيل الآخر
ولا مزاحمة في الفداء فلهذا فداه بخمسة عشر ألفا إن شاء عشرة آلاف لوليي الخطأ
وخمسة آلاف لغير العافي من وليي العمد وهذا في قولهم جميعا قال
وإن دفعه دفعه أثلاثا الثلث للذي لم يعف والثلثان لوليي الخطأ وقال
أبو يوسف ومحمد أرباعا الربع لوليي العمد وثلاثة أرباعه لوليي الخطأ قال
الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وفي قول زفر لصاحب الخطأ النصف
ولصاحب العمد الذي لم يعف الربع وبقي الربع للمولى وجه قولهما أن حق وليي العمد
في جميع الرقبة فإذا عفا أحدهما فقد أبطل حقه في النصف ففرغ عن هذا النصف وتعلق

به حق ولي الخطاء بلا منازعة وبقي النصف للآخر واستوت فيه منازعة ولي
الخطاء ومنازعة شريك العافي وكل واحد منهما يدعيه فصار هذا النصف بينهما
نصفان فلهذا كانت القسمة بينهما بطريق المنازعة ارباعا ولابي حنيفة
ان حق ولي الخطاء في عشرة الاف وحق شريك العافي في خمسة الاف فيضرب كل
لرجلين واحد منهما بحقه كما لو كانت التركة الفا وكان لرجل على الميت ثلاثة الاف لاحدهما
الف وللآخر الفان فان التركة تقسم بينهما بطريق العول والمضاربة اثلاثا ثلثا
التركة لصاحب الالفين وثلثها لصاحب الالف وكعبد قتل رجلا خطاء وفقأ عين
آخر فان اختار المولى دفعه دفعه اثلاثا فكذا هنا وجه قول زفر ان العمد
اذا صار دما لا صار بمعنى الخطاء ولو كان قتلهما جميعا خطاء فعفا احد وليي
احدهما خاصة سلم ذلك الربع للمولى فكذلك ههنا ومعنى المنازعة ان كل جزء
فرغ من دعوى قوم سلم للآخر بلا منازعة ومعنى العول ان يضرب كل واحد منهم بسهمه
فيجمع السهام كلها وتقسم العين على مبلغ السهام واعلم ان هذه المسئلة على ضد
مسئلة كتاب الشهادات وهي ان رجلا اذا ادعى دارا وادعى آخر نصفها واقاما
البينة فان على قول ابي حنيفة تقسم ارباعا وعلى قولهما اثلاثا مر بيان تلك المسئلة
في كتاب الدعوى مستوفى في فصل التنازع بالايدي فينظر ثمه حتى تعرف الاصول
التي بني عليها الباب ومسئلة كتاب المأذون توافق هذه المسئلة المذكورة هنا
وهي ان عبدا مأذونا بين رجلين اذانه احد المولين مائة درهم واذانه اجنبي
مائة درهم ثم بيع العبد بمائة درهم فان في قول ابي حنيفة يقسم الثمن اثلاثا وفي قولهما
ارباعا ومسئلة كتاب الوصايا توافق كتاب الشهادات وهي ان رجلا لو اوصى
بعبد او بسيف وبنصفه لآخر في قول ابي حنيفة يقسم ارباعا وفي قولهما اثلاثا
قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا والاصل عند ابي حنيفة

ان الحقوق اذا كانت ترجع الى العين تقسم على طريق المنازعة ولهذا قال في
مسئلة كتاب الدعوى ان الدار تقسم على سبيل المنازعة وكذلك اذا اوصى بالعبد
او السيف فانه يقسم على طريق المنازعة واما اذا اجتمعت الوصايا في الثلث
فسبيلها سبيل الحقوق وليس سبيلها سبيل الاعيان ولهذا قال في مسئلة
المدبر اذا قتل قتيلا عمدا فعفا احد وليّيه وقتل آخر خطاء ان القيمة تقسم على طريق
العول وكذلك قال في مسئلة كتاب المأذون قوله قال واذا كان
عبد بين رجلين فقتل مولى لهما اي قريبا لهما فعفا احدهما بطل الجميع عند ابي حنيفة
وقالا يدفع الذي عفا نصف نصيبه الى الآخر او يفديه بربع الدية اي قال في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد بين رجلين قتل
مولى لهما عمدا فعفا عنه احدهما قال بطل الدم كله وقال ابو يوسف ومحمد يقال
للذي عفا ادفع نصف نصيبك الى الذي لم يعف او افده بربع الدية الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير وذكر في بعض نسخ الجامع الصغير وليا لهما والولي القريب
والمولى يراد به القريب ايضا قال الله تعالى واني خفت الموالي من ورائي والمولى
ابن العم والعصبة والجمع الموالي كذا في التيسير ويحتمل انه اراد به المعتق الذي
اعتقاه فصارا عصبة له بالولاء قال فخر الاسلام وقد ذكر في بعض نسخ
الجامع الصغير قول محمد مع قول ابي يوسف وهو الاشهر وذكر قوله في بعض النسخ مثل
قول ابي حنيفة وقال القدوري في كتاب التقريب والصحيح انه مع ابي حنيفة
وقال فخر الاسلام ايضا وذكر في كتاب الديات ان عبدا لو قتل مولاه عمدا وله
وليان فعفا احدهما ان الدم قد بطل كله في قول ابي حنيفة ومحمد ولم تختلف
الروايات فيه وقال ابو يوسف في تلك المسئلة مثل قوله في مسئلة هذا الكتاب ومسئلة
هذا الكتاب من الخواص كذا قال فخر الاسلام ولما عرض محمد كتاب الجامع

الصغير على ابي يوسف خطاه ابو يوسف في ست مسائل في رواية عن ابي حنيفة وهي مذكورة
في اول الجامع الصغير لفخر الاسلام منها هذه المسئلة وقال ما رويت عن ابي حنيفة
الخلاف في هذه المسئلة بل قوله كقولنا يقال له ادفع نصيبك او افده بربع الدية وانما
الاختلاف الذي رويته في عبد قتل مولاه عمدا وله وليان فعفا احدهما الا
ان محمدا لم يرجع عن روايته وذكر اختلاف ابي حنيفة في المسئلتين جميعا ثم
وجه قول ابي يوسف في المسئلتين واحد وهو ظاهر لان القود وجب للوليين
في كل الدم على سبيل الشركة والشياع في النصيبين جميعا من قبل انه لا يمتنع وجوب
القود للمولى على عبده الذي هو ملكه الخالص لان العبد في حق الدم كالحر لانه
مبقي على اصل الحرية في حقه فصار لكل واحد منهما نصف القود على الشياع نصفه في
ملكه ونصفه في ملك صاحبه فاذا عفا احدهما بطل حقه وبقي النصف الذي هو حق شريكه
ولكن نصف هذا النصف متعلق بملك نفسه فاذا انقلب مالا بطل ذلك لان
المولى لا يستوجب على عبده مالا وبقي النصف الآخر متعلقا بملك صاحبه فلم يبطل
فلذلك بقي الربع ولابي حنيفة ان نصيب العافي قد سقط ونصيب الآخر وهو
نصف القصاص يحتمل ان يكون كله في ملك شريكه فينقلب مالا ويحتمل ان يكون
في ملك نفسه فيبطل اصلا ويحتمل ان يكون نصفه في ملك نفسه ونصفه في ملك العافي
فينقلب الذي وقع في ملك العافي مالا وهو الربع فلما كان محتملا لم ينقلب مالا اذ
المال لا يجب بالشك والاحتمال قال فخر الاسلام البزدوي ان كان قول
محمد مع قول ابي حنيفة في مسئلة الكتاب فلا حاجة الى الفرق وان كان مع ابي يوسف
احتاج محمد الى الفرق بين مسئلتنا ومسئلة كتاب الديات والفرق ان ثمة
القود وجب للقتيل وهو واحد مالك لرقبة العبد وقام الوليان مقامه فاذا صار مالا
صار ميراثا لا محالة فاعتبر مالا لانه ما صار مالا الا على مملوك فلم يثبت الشياع والتنصيف

لان ملك الوارث هو ملك الميت فبطل ذلك كله كعبد قتل مولاه خطاء فاما
ها هنا فان القصاص لم يثبت الا للاثنين في حق المملوك والمقتول غير مالك لرقبته
واذا كان كذلك يثبت على المناصفة والشياع في حق الملك فانقلب مالا كذلك
وقال القدوري في كتاب التقريب ولا يلزم على هذا اي على قول ابي حنيفة
في مسئلة الجامع الصغير ان الدم يبطل كله اذا قتلت ام الولد مولاها وله وليان فعفا
احدهما لان ابن شجاع ذكر عن ابي حنيفة انها كالعبد ويسقط الجميع فعلى هذا لا يحتاج
الى فرق والمشهور ان ذلك لا يسقط والفرق بينهما ان ام الولد تعتق بموت
المولى فيثبت الضمان بالعفو وهي حرة فيجوز ان يثبت للمولى عليها ضمان وقد ذكر
ابن شجاع في مسئلة ام الولد روايتين كذا في التقريب قوله وذكر في بعض النسخ
اي في بعض نسخ الجامع الصغير قوله وذكر في الديات عبد قتل مولاه وله
ابنان فعفا احد الابنين بطل ذلك كله عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف
الجواب فيه كالجواب في مسئلة الكتاب ولم يذكر اختلاف الرواية لابي يوسف في
المسئلتين ان حق القصاص يثبت في العبد على سبيل الشيوع لان ملك المولى لا يمنع استحقاق
القصاص له فاذا عفا احدهما انقلب نصيب الآخر وهو النصف مالا غير انه شائع في
الكل فيكون نصفه في نصيبه والنصف في نصيب صاحبه فما يكون في نصيبه سقط ضرورة
ان المولى لا يستوجب على عبده مالا وما كان في نصيب صاحبه بقي ونصف النصف هو
الربع فلهذا يقال ادفع نصف نصيبك او افده بربع الدية ولهما ان ما يجب من
المال يكون حق المقتول لانه بدل دمه ولهذا تقضى منه ديونه وتنفذ به وصا ياه
ثم الورثة يخلفونه فيه عند الفراغ من حاجته والمولى لا يستوجب على عبده دينا فلا تخلفه
الورثة فيه الى هنا لفظ صاحب الهداية وهما في بعض نسخها ولم تكتب هذه النسخة في
اكثر نسخها والحق ان تكتب لانها اذا لم تكتب تخلو مسئلة الجامع الصغير عن الدليل

امثلاً وقوله في الديات اي في كتاب الديات من المبسوط وقوله ولم يذكر اختلاف
الرواية في قول محمد بل ذكر قوله مع ابي حنيفة في جميع الروايات تمت

فصل

لما فرغ من جناية العبد على غيره شرع في احكام الجناية عليه لان الفاعل
مقدم على المفعول وجودًا فوجب ترتيبه كذلك للمناسبة قوله ومن
قتل عبدًا خطاء فعليه قيمته لا تزاد على عشرة آلاف درهم فان كانت قيمته عشرة
آلاف درهم او اكثر قضي له بعشرة آلاف الا عشرة وفي الامة اذا زادت قيمتها
على الدية خمسة آلاف الا عشرة هذا لفظ القدوري في مختصره وهذا
قول ابي حنيفة وزفر ومحمد رضي الله عنهم وذلك على العاقلة في ثلاث سنين
كذا ذكر الكرخي في مختصره وعند ابي يوسف والشافعي رحمهما الله عنهما
تجب قيمته بالغة ما بلغت ولا تحملها العاقلة لضمان الاموال كذا ذكر الامام
علاء الدين العالم في طريقة الخلاف وقال الطحاوي في مختصره روى محمد
عن ابي يوسف انه قال قيمته على عاقلته بالغا ما بلغ وروى اصحاب الاملاء
عنه انه قال قيمته على الجاني في ماله بالغة ما بلغت ولا تحمل العاقلة منها شيئا
الى هنا لفظ الطحاوي واجمعوا في العبد المغصوب اذا هلك عند الغاصب
تجب قيمته بالغة ما بلغت وقال الكرخي في مختصره روي ان العبد لا
يبلغ بقيمته دية الحر عن عبد الله بن مسعود وابراهيم والشعبي وعطاء ورواه محمد عن
سعيد بن المسيب وروي عن علي وابن عمر وابن عباس رضي الله عنهم فيه القيمة
بالغا ما بلغ وغيرهم الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله والحاصل ان العبد مضمون
بالقتل بالاتفاق ولكنه مضمون عندنا من حيث انه آدمي وعند ابي يوسف من
حيث انه مال لـه ان جعله مضمونا من حيث انه مال اولى فيكون الواجب

قيمته بالغة ما بلغت ولا تعقله العاقلة لان آدميته ساقطة العبرة في مقابلة
المالية ولهذا ظهرت مالكية المولى عليه ولم تظهر مالكيته في مقابلة مالكية
المولى حتى كان المولى احق بنفسه منه فكان تضمينه من الوجه الظاهر اولى ولهذا
كان الواجب القيمة في قليل القيمة دون الدية حتى لم تكن مقدرة في نفسها
وكذلك الواجب في اطراف العبد القيمة بالاجماع فكذا في العبد المغصوب فكان
معنى المالية فيه ارجح من معنى الآدمية ولنا قوله تعالى ومن قتل مؤمنا
خطاء فتحرير رقبة مؤمنة ودية مسلمة الى اهله ووجه الاستدلال انه
تعالى سمى الواجب في قتل المؤمن خطاء دية والعبد مؤمن قتل خطاء فتجب فيه الدية
والدية اسم لما يجب بمقابلة الآدمي لا بمقابلة المال وما يجب بمقابلة المال يسمى
قيمة وضمانا وهو العرف فثبت بدلالة الآية ان العبد مضمون بمقابلة
الآدمية لا بمقابلة المال ولا يزاد على تقدير الشرع في الدية وينقص عنها باثر عبد الله
ابن مسعود رضي الله عنه لنقصان الرق فيه لئلا تلزم التسوية بين كامل الحال
وناقص الحال والدليل على ان معاني الآدمية راجحة فيه ان اكثر التكاليف
الشرعية متوجهة عليه بالاجماع من حيث الآدمية وهذا يقتضي ان يكون مضمونا
من حيث انه آدمي ولهذا وجب القصاص بقتله ثم انه كما استحق العصمة
من حيث انه مال استحق من حيث انه آدمي فمراعاة العصمة من حيث الآدمية
اولى من مراعاتها من حيث المالية لان عصمته من حيث انه آدمي لذاته وعصمته
من حيث انه مال لغيره فكانت عصمته من حيث المالية كالتابع للعصمة من حيث الآدمية
في حق استحقاق العصمة والحاق التابع بالاصل اولى من القلب ولان
المعاني التي ترتبت بها قيمة العبد موجودة في الاحرار مع زيادة الحرية فاذا لم توجب
اكثر من الدية تغليبا لا توجب في العبد مع نقصان الرق اولى ولانه بدل آدمي وجب

بالقتل فجاز ان يدخله التقدير كدية الحر ولا يلزم اذا غصب عبدًا فتلف في يده لأنا
احترزنا بالقتل عن ذلك ولأن الغصب يرد عليه باعتبار المالية فكان مضمونًا
بمقابلة المالية لا الآدمية وفي قليل القيمة لا نقول انه ضمان مال بل هو ضمان
الآدمي ايضًا الا انه لما لم يرد الشرع فيه جعل القيمة والمالية معيارًا لهذا البدل
ولأن ضمان النفس قيدته بالمالية بالاجماع لأنه تلزم التسوية بين كامل
الحال وناقص الحال وفي الاطراف ليس معنى الادمية باصل بل هو تابع لأنه ينتفع
بها انتفاع الاموال فترجح معنى المالية بخلاف النفس فان قيل انه مملوك
فاذا اتلف وجب قيمته بالغًا ما بلغ كسائر المملوكات قلنا المعنى في الاصل
انها تضمن ضمان الاموال ولهذا لا يدخل فيه شيء من احكام الجنايات بخلاف
العبد فانه يضمن ضمان الجنايات بدليل ثبوت الكفارة وتحمل العاقلة
ووجوب القصاص وثبوت القسامة فان قيل ما لا يتقدر بدله قلة لا
يتقدر كثرة كالاموال قلنا يبطل باليد الشلاء وما دون الموضحة من
الجنايات ثم لما لم يزد الواجب في قتل العبد على دية الحر نقص منها اظهارًا
لنقصان الرق وانما عينت العشرة باثر عبد الله بن مسعود رضي الله عنه لأن العشرة
ادنى مال له خطر في الشرع ولهذا توقف القطع في السرقة عليها الا ترى
ان الحرة لا يستباح وطيها بالنكاح الا بعشرة ويستباح وطء الامة بالهبة بغير
شيء ولذلك قدرنا نقص الرق ههنا بعشرة واما الامة فلا يزاد الواجب في
قتلها على خمسة آلاف الا عشرة وهذا ظاهر الرواية لأن هذا دية الحرة فينقص
منها عشرة كما ينقص من دية الرجل وليس كذلك اذا قطع يد العبد انه لا يتجاوز خمسة
آلاف الا خمسة لأن ما يجب في اليد جزء مما يجب في الجملة فقدر بنصفها وما يجب في
الانثى ليس بجزء من دية الذكر وانما هي دية في نفسها فلذلك قدر النقص فيها بعشرة

وفي رواية الحسن عن ابي حنيفة في قتل الامة خطأ اذا زادت قيمتها على دية الحرة
خمسة آلاف درهم الا خمسة قال الفقيه ابو الليث السمرقندي في كتاب العيون
رواية الحسن بن زياد هو القياس **قوله** ولهذا يجب للمولى ايضاح لكون
الضمان بدل المالية وهو لا يملك العبد الا من حيث المالية اي المولى لا يملك
العبد من حيث الآدمية بل من حيث المالية فلو كان الضمان بدل الدم لوجب
الضمان للعبد لأنه في حق الدم مبقى على اصل الحرية **قوله** ولو قتل
العبد المبيع قبل القبض يبقى العقد ذكره ايضًا على سبيل الايضاح عطفًا على قوله
يجب للمولى يعني ان بقاء العقد باعتبار المالية لا باعتبار الآدمية دل ان الضمان
بدل المالية وهذه المسألة تحتاج الى البيان قال القدوري في كتاب
التقريب قال ابو يوسف اذا قتل المبيع في يد البائع فاختار المشتري اجازة البيع
كان له القصاص وكذلك ان اختار فسخ البيع كان للبائع القصاص وهذا حفظي عن
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ليس للبائع القصاص وروى ابن زياد عنه انه لا
قصاص للمشتري ايضًا لابي حنيفة ان العقد يتعرض للفسخ ما لم يتصل به القبض
فاذا هلك انفسخ العقد وصار كان لم يكن فوجب القصاص للبائع وليس كذلك
المكاتب اذا مات عن وفاء ووارثه غير المولى لأن الوارث يثبت له الحق من غير
ان يستند الى امر سابق فلذلك لم يكن له القصاص وليس كذلك العبد اذا قتل
في يد الغاصب فضمنه المالك لأنه لا يملك القصاص لأن ملكه يتعلق باختيار وهو
سبب حادث بعد الجناية فلذلك لم يملك به القصاص وفي مسألتنا يملكه البائع بحكم
الملك الاول ولا يلزم على هذا اذا كان الخيار للبائع والعبد في يد المشتري
فاختار فسخه انه لا قصاص للمشتري لأنه يملكه باختيار التمييز وهو سبب حادث
ولابي يوسف ان البيع ينفسخ بالهلاك فيملكه البائع بذلك وهو سبب حادث

فصار كتضمين الغاصب وتضمين المشتري في البيع المشروط فيه الخيار وليس كذلك المشتري
لأن الملك له وإنما كانت اليد لغيره فهذا لا يمنع وجوب القصاص ووجه
الرواية الأخرى أن المبيع ما دام في يد البائع فله فيه حق الملك لجواز أن يعود إليه
فقد وقعت الجراحة على وجه لا يثبت القصاص معه وهو أن يختار المشتري الانفسار
ذلك شبهة وقد قال زفر المبيع يقتل في يد البائع لا قصاص لواحد منهما وكذلك
الرهن لأن للمرتهن أن يمنع المالك من القصاص فصار ذلك شبهة وفرق أبو يوسف
بين البيع والرهن في إحدى الروايتين لأن الملك في الرهن للراهن وإنما للمرتهن أن يمنع
القصاص حتى يستوفي حقه فإذا رضي فقد أسقط حق نفسه فبقي ملك الراهن وفي المبيع
حق الملك ثابت للبائع فيصير المستحق للقصاص مجهولا كذا في التقريب قوله
عند تعذر الجمع بينهما ه أي بين معنى المالية ومعنى الآدمية لأنهم أجمعوا على أن الضمان
إما بدل المالية أو بدل الآدمية قوله وتعيين العشرة بأثر عبد الله بن
مسعود رضي الله عنه ه وهو ما روى القدوري في شرح مختصر الكرخي عن عبد الله بن
مسعود رضي الله عنه أنه قال في دية العبد لا يزاد على عشرة آلاف إلا عشرة
وهذا أمر لا يعلم إلا من طريق التوقيف وذكر في بعض نسخ الهداية ابن عباس
مكان ابن مسعود وذلك ليس بصحيح لأن مذهب ابن عباس رضي الله عنهما مثل قول أبي يوسف
وقد رواه الكرخي كذلك من بيانه قوله قال وفي يد العبد نصف
قيمته لا يزاد على خمسة آلاف إلا خمسة دراهم ه أي قال القدوري في مختصره أي
لا تزاد نصف قيمة العبد في تضمين الجاني على خمسة آلاف درهم منقوصا منه خمسة دراهم
وذلك لأن ما يجب في اليد من الحر مقدر بنصف ما يجب في الجملة فكذلك ما يجب في
يد العبد يقدر بنصف ما يجب في جملته ولا يشبه هذا ما يجب في نفس الأمة أنه ينقص منه
عشرة دراهم لأنه ليس بجزء من دية الذكر وإنما هي دية في نفسها ولهذا يقدر النقص فيه

بعشرة وهذا الذي ذكره قول أبي حنيفة وأبي يوسف أولا وقال محمد عليه
النقصان وهو قول زفر وأبي يوسف آخرا كذا في شرح أبي نصر قال أبو الحسن
الكرخي في مختصره قال ابن سماعة وبشر عن أبي يوسف قال قال أبو حنيفة كل شيء
فيه من الحر الدية فهو من العبد فيه القيمة وكل شيء فيه من الحر نصف الدية فهو من
العبد نصف قيمته وكذلك الجراحات على هذا الحساب قال أبو يوسف ثم إن أبا حنيفة
رجع في حاجب العبد وفي أذنه وقال فيه حكومة عدل وقال محمد في إملائه قال
أبو حنيفة إذا قطع الرجل يد العبد أو فقأ عينه أو قطع رجله أو شجه موضحة أو آمة
أو منقلة أو نزع سنه أو ضرسه نظر إلى الذي صنع به كم أرشه من دية الحر فيغرم ذلك
من قيمته وكذلك بلغنا عن إبراهيم النخعي وسعيد بن المسيب قال محمد استقبح
أبو حنيفة أن يضمن في الأذن نصف القيمة وقال الحسن عن أبي حنيفة وزفر أنه
إن حلق أحد حاجبيه فلم ينبت أو نتف أشفار عينيه الأسفل أو الأعلى فلم ينبت أو قطع
إحدى شفتيه العليا أو السفلى أن عليه في كل واحد من ذلك نصف القيمة وقال
محمد عن نفسه يغرم الجاني بجنايته ما نقص بجنايته من العبد من قيمته أقومه ولا جناية به
وأقومه مجنيا عليه وأغرم الجاني فضل ما بين القيمتين قال محمد وهو قول زفر
وأبي يوسف وقولنا وقال محمد وجميع هذه الجنايات في مال الجاني خطأ كانت
أو عمدا ما لم تبلغ النفس فإذا بلغت النفس وكانت الجناية خطأ كانت القيمة على
العاقلة إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجملة هذا ما ذكره الشيخ أبو الحسين
القدوري في شرحه أن الجنايات في العبيد تتقدر فيما دون النفس عند أبي حنيفة وأبي
يوسف وقال محمد لا تتقدر وروي عن أبي يوسف مثله وهو قول مالك وجه
قول أبي حنيفة أن القيمة في العبيد مثل الدية في الأحرار فإذا كانت الجناية فيما دون
النفس يجوز أن تتقدر في دية الحر جاز أن يتقدر من قيمة العبد ولأن الجناية عليه

في النفس يدخلها التقدير الا ترى انها لا يبلغ بها الدية فجاز ان يكون ما دون
النفس يدخله التقدير كالحر وجه قول محمد ان ما دون النفس من العبد ضمانه
ضمان الاموال بدلالة انه لا يتعلق به قود ولا كفارة ولا تتحملها العاقلة وضمان الاموال
يجب فيها النقصان واذا ثبت هذا فروى الحسن عن ابي حنيفة ان الجناية على العبد
مقدرة فيما يقصد به المنفعة وما قصد به الزينة مثل الحاجب والشعر والاذن وذلك
لان التقدير لما دخل في الجناية استوى ما يقصد به المنفعة وما يقصد به الزينة كالحر
وقد روى ابو يوسف عن ابي حنيفة ان ما يقصد به المنفعة يتقدر وما يقصد به
الزينة لا يتقدر وهو قوله الآخر لان الزينة ليست بمعنى مقصود من العبد وهي مقصودة
من الاحرار فاما المنفعة فمقصودة منها فلذلك تقدرت لان ما دون النفس من
العبيد اجري مجرى الاموال بدلالة انه لا يجب فيه قصاص ولا تحمله العاقلة وهو في
نفسه جناية ولو تقدرت بكل حال لحق بالجنايات من كل وجه ولو لم تتقدر لحق
بضمان الاموال من كل وجه فقدروا منه ما يقصد منه المنفعة ولم يقدروا ما
يقصد به الزينة ليعطي الشبه من الوجهين فاما قوله ان الجناية على العبد
فيما دون النفس لا تتحملها العاقلة لان ضمانه اجري مجرى الاموال بدلالة
انه لا يلزم فيه قصاص بحال وضمان المال لا تتحمله العاقلة فاما اذا قتل
العبد خطأ فقيمته على العاقلة عند ابي حنيفة ومحمد وروى عن ابي يوسف
انه قال في مال القاتل وروى ان مقدار الدية على العاقلة وما زاد على ذلك
في مال القاتل وجه قولهما ان ضمان النفس في العبد ضمان جناية بدلالة وجوب
القصاص فيها اذا كانت عمدا ووجوب الكفارة فيه فصارت كالجناية على الحر
وجه قول ابي يوسف ما روى عن عمر رضي الله عنه انه قال لا تعقل العاقلة
عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا ولان العاقلة لا تتحمل ما دون النفس فيه

فكذلك النفس كالبهائم وعكسه الاحرار والجواب اما الخبر فمعناه لا تتحمل
العاقلة ما جناه العبد لان المولى اقرب اليه منهم واما قياسه على ما دون
النفس فليس بصحيح لانه لا يتعلق به احكام الجنايات من القصاص والكفارة فلم
يتعلق به حكم التحمل وجه الرواية الاخرى عن ابي يوسف ان مقدار الدية
منه ضمانه ضمان الجناية فيتحملها العاقلة وما زاد على الدية فوجوبه من حيث
ضمان المال فلم تتحمله العاقلة وروى الحسن عن ابي حنيفة انه فرق بين
ما يوجب الدية وبين ما يوجب اقل من الدية فيما يقصد به الزينة من العبد وقال
في احد حاجبيه نصف القيمة وفي الانف ما نقص ولا يبلغ به دية حر وذلك لان
الجناية على العبد جناية على مال فلا يجب جميع قيمته بنقصانه كما لا يجب في البهائم
وقد قال الحسن في روايته اذا قطع ذكره او انثييه او اصابع يديه او اصابع
رجليه ففيه ما نقصه وهذا يقتضي ان يكون ما يقصد به المنفعة وما يقصد به
الزينة اذا بلغ جميع القيمة وجب فيه ما نقص لانه مال فلا يجب بنقصانه جميع قيمته
والمشهور من الرواية في يدي العبد وعينيه جميع قيمته ويخير المولى بين امساكه
من غير شيء او تسليمه الى الجاني واخذ القيمة حتى لا يجتمع على ملكه البدل والمبدل
وسيجيء بيانها في آخر هذا الفصل ان شاء الله تعالى كذا ذكره القدوري في شرح
مختصر الكرخي قوله بدل الدم على ما قررناه اشارة الى قوله ولابي
حنيفة ومحمد قوله تعالى ودية مسلمة اوجبها مطلقا وهي اسم للواجب بمقابلة
الآدمية الى آخرها قال قوله وان غصب امة قيمتها عشرون الفا فماتت
في يده فعليه تمام قيمتها وهذه من مسائل الجامع الصغير وذلك لان الغصب
يرد عليه من حيث انه مال لا من حيث انه آدمي فتعتبر المالية بالغا قيمتها ما بلغت
قوله قال ومن قطع يد عبد فاعتقه المولى ثم مات من ذلك فان كان له ورثة

غير المولى فلا قصاص فيه والا اقتص منه وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد لا قصاص في ذلك وعلى القاطع ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان اعتقه وبطل
الفضل ه اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل له عبد فقطع رجل يد العبد عمدا ثم اعتقه مولاه
فمات العبد منها قال ان كان للعبد ورثة فلا قصاص على القاتل وان كان لا
وارث له غير المولى فللمولى ان يقتل قاتله وهو قول ابي يوسف ايضا وقال
محمد لا ارى عليه قصاصا على حال وعلى القاتل ارش اليد وما نقصه ذلك الى ان
اعتقه ويبطل الفضل الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لانه اذا كان
له وارث آخر لا يجب القصاص بالاتفاق ويجب على القاطع ارش اليد وهو نصف
القيمة دية اليد للمولى لاشتباه المستوفي لانا اذا نظرنا الى حالة القطع فالولي هو
المولى لان الجناية حصلت على ملكه وان نظرنا الى حالة الموت فالولي هو
الوارث الآخر لا المولى ومع جهالة المستوفي لا يمكن استيفاء القصاص فيجب
على القاطع ارش اليد للمولى لان الجناية حصلت في ملكه واليد من الآدمي نصفه
ويضمن النقصان الذي حصل بعد القطع الى يوم العتق لانه نقصان حصل عن جناية
مضمونة ويسقط الفضل بالاعتاق لانه لما اعتقه فقد اخرجه عن ملكه فيبطل
حكم السراية كمن قطع يد انسان ثم باعه المولى من انسان آخر ثم سرى الى النفس
ثم مات فانه يجب على القاطع ارش اليد وتبطل السراية فكذا هنا وزاد
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا
اجتمع المولى والوارث فلم لا يجب القصاص كما يجب في العبد الموصى برقبته لرجل
وبخدمته لآخر فقتله رجل فاجتمع صاحب الرقبة وصاحب الخدمة فانه يجب القصاص
فيه قيل له هذه لا تشبه ذلك لان في تلك المسألة لصاحب الرقبة ملكا

ولصاحب الخدمة حقا يشبه الملك فصار بمنزلة عبد بين شريكين واما ههنا وقت
الجناية لم يكن للوارث فيه حق ووقت الموت لم يكن للمولى فيه حق ثابت فاشتبه
المستحق في ذلك فلا يقضي القاضي بالمجهول فاما الكلام في الفصل الثاني وهو ما
اذا لم يكن للعبد وارث آخر سوى المولى فانه يقتص عندهما ولا يقتص عند محمد ه
والجواب فيه عند محمد كالجواب في المسألة الاولى ه وجه قوله ان السبب
مختلف لانا ان اعتبرنا حالة القطع فالسبب هو الملك وان اعتبرنا حالة الموت
فالسبب هو الولاء واختلاف السبب بمنزلة اختلاف المستحق ولو اختلف المستحق
لا يستوفي القصاص فكذا هنا ولابي حنيفة وابي يوسف انا تيقنا بولاية الاستيفا
للمولى لانا ان اعتبرنا حالة الجناية فالولي هو المولى وان اعتبرنا حالة الموت فالولي
هو المولى ايضا بحكم الولاء فكان المستوفي معلوما واختلاف السبب لا يفضي الى
المنازعة فلا يمنع الاستيفاء بخلاف جهالة المستوفي وهذا اذا كان القطع عمدا فان كان
خطاء فجوابها كجواب محمد لان الاعتاق يقطع حكم السراية اذا كان القتل خطاء لتبدل
المستحق لان عند وجود الجناية المستحق هو المولى وعند السراية المستحق هو العبد
وتبدل المستحق يقطع السراية كالبيع بخلاف ما اذا كان القتل عمدا لان ثمة
المستحق في الحالين واحد وهو العبد لان القصاص انما يجب من حيث انه آدمي والعبد
من حيث انه آدمي مبقي على اصل الحرية والمولى انما يستوفي بطريق الخلافة عن العبد فاذا
لم يكن له وارث آخر سوى المولى كان المولى متعينا للاستيفاء بطريق الخلافة وعلى
هذا مسألة اخرى ذكرها في الجامع الصغير مكاتب قتل عمدا وترك وفاء ببدل الكتابة
فان كان له وارث آخر سوى المولى لا قصاص على القاتل بالاجماع ويجب على القاتل قيمة
المكاتب لجهالة المستوفي على ما ذكرنا وان لم يكن له وارث سوى المولى وترك وفاء
فعلى قول ابي حنيفة وابي يوسف يستوفي القصاص لان المستوفي واحد وهو المولى وعلى

قول محمد لا يستوفي القصاص لاختلاف السبب وان قتل عاجزا يجب القصاص ويستوفيه
المولى بالاجماع وان كان له ورثة سوى المولى لانه لما مات عاجزا صار رقيقا فكان
ولاية الاستيفاء للمولى على كل حال كذا ذكر فخر الدين قاضي خان وغيره وقال
الامام ثم الاسبيجابي في شرح الطحاوي هذا اذا اعتق العبد بعد القطع ولو
لم يعتق ولكن دبره او كانت امة فاستولدها لم تقطع السراية فيجب نصف القيمة
ويجب ما نقص بعد الجناية قبل الموت هذا في الخطاء وان كان عمدا فللمولى ان
يقتص بالاجماع قوله والا اقتص منه اي ان لم يكن للعبد المعتق ورثة
غير المولى اقتص من قاطع يده بعد موت العبد قوله في الوجه الاول
اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى قوله وعلى اعتبار الحالة
الثانية وهي حالة الموت قوله وفيه كلام اي كلام منافي تحقق
اشتباه من له حق القصاص يعني ان تعذر استيفاء القصاص لتحقق اشتباه من له
الاستيفاء وقد تحقق الاشتباه فيما نحن فيه فيتعذر الاستيفاء قوله
واجتماعهما لا يزيل الاشتباه اي اجتماع المولى والورثة لا يزيل ذلك الاشتباه
لان ملك المولى للقصاص بالنظر الى حال الجرح وملك الورثة بالنظر الى حال الموت
وعند الاجماع لا يحصل لكل واحد منهما الملك في الحالين فلا يفيد الاجماع وهذا
معنى قوله لان الملكين في الحالين قوله في الخلافية اي في المسئلة المختلف
فيها وهي ما اذا لم يكن للعبد المعتق ورثة سوى المولى قوله لان الملك
اي لان سبب الولاية الملك قوله احدى الحالتين اراد بها حالة
الجرح قوله على اعتبار الاخرى اي الحالة الاخرى واراد بها حالة الموت
قوله فيما يحتاط فيه اي في الامر الذي لا يثبت بالشبهات يعني القصاص
واحترز به عن قال لآخر لك علي الف من قرض فقال المقر له لا بل من ثمن مبيع فانه

يقضي بالمال وان اختلف السبب لان المال يقع فيه البدل والاباحة فلا يبالي
باختلاف السبب قوله لان المقضي له معلوم وهو المولى لانه لا وارث
للعبد غيره قوله والحكم متحد وهو القصاص لانه موجب العمد فوجب
القول باستيفاء القصاص للمولى لعدم الاشتباه قوله بخلاف الفصل
الاول اي بخلاف ما اذا كان له ورثة غير المولى حيث لا يجب القصاص لان
المقضي له بالقصاص مجهول لانه المولى في حال والورثة في حال كما مر بيانه
قوله ولا يعتبر باختلاف السبب هنا اي فيما اذا لم يكن له ورثة غير
المولى لا يعتبر باختلاف سبب ولاية استيفاء القصاص من الملك والولاء لان
المقصود وهو حكم القصاص متحد غير مختلف قوله بخلاف تلك المسئلة
اراد بها المسئلة التي قاس عليها محمد رحمه الله وهي ما اذا قال لآخر بعتني هذه
الجارية بكذا وقال المولى زوجتها منك لا يحل له وطيها فاجاب وقال لا نسلم
ان الفرع مثل الاصل لان في الاصل الحكم مختلف كالسبب وفي الفرع الحكم متحد
والسبب مختلف فلم يكونا نظيرين فيفسد القياس بيانه ان الحكم وهو حل
الوطي اوري لا مقصود ثبت تبعا لملك اليمين في صورة البيع وفي النكاح حكم الحل
ثبت مقصودا بالنكاح حتى لم يشرع النكاح في موضع لا يتصور الحل وفي ملك اليمين
شرع الملك في موضع لا يتصور الحل كالمجوسية والعبيد والبهائم فلما اختلف الحكم
ثمة اختلف السبب لم يحل الوطي قوله والاعتاق لا يقطع السراية لذاته
جواب عن قول محمد ان الاعتاق قاطع للسراية يعني لم يجعل الاعتاق قاطعا
للسراية لكان الاعتاق كالبرء فيبقى الجرح بلا سراية والسراية بلا جرح فلا يجب القصاص
على القاطع كما اذا كان القطع خطاء فاجاب عنه وقال سلمنا ان الاعتاق قاطع
للسراية لكن لا نسلم ان كونه قاطعا لها لذاته بل لاشتباه من له الحق كما في

ص

القطع خطاء لانه يشتبه من له الحق اذا مات العبد بعد الاعتاق لان من له
الحق هو المولى وقت الجرح والميت وقت الموت لحريته ولهذا تنفذ وصاياه
ويقضي من الدية ديونه فجعل الاعتاق قاطعا للسراية للاشتباه وفي العمد ليس كذلك
لانه لا اشتباه ثمة لان موجبه القصاص والعبد مبقى على اصل الحرية ولهذا
لم يكن لمولاه ان يشغل ذمته بلا حق فوجب القصاص للعبد او لانه لم يتولاه
مولاه خلافة عنه فارتفع الاشتباه فلم يكن الاعتاق قاطعا للسراية فاندفع
قول محمد ان السراية بقيت بلا جرح **قوله** واذا امتنع القصاص عند
محمد في الفصلين اي فيما اذا كان له ورثة غير المولى او لم يكن له ورثة غير
المولى وكذا اذا امتنع القصاص عندهم جميعا فيما اذا كان له ورثة غير المولى وهو
الفصل الاول يجب ارش اليد وما نقص العبد الى وقت العتق وقد مر بيان ذلك
قال الكرخي في مختصره والمدبر والمدبرة وام الولد وابن ام الولد بمنزلة
العبيد في القصاص فهو للمولى او للموالي ان كانوا جماعة وذلك لانهم على
ملكه الا ترى انه يواجرهم بحق الملك ويطاء المدبرة وام الولد بحق الملك
فصاروا كالعبيد القن **قوله** قال ومن قال لعبديه احدكما حر ثم شجا
فاوقع العتق على احدهما فارشهما للمولى اي قال في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل قال لعبديه احدكما حر ثم شج رجل
العبدين شجة شجة فبرئا من ذلك ثم قيل له اوقع العتق على احدهما فاوقعه على
احدهما قال ارش الشجتين للمولى الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وذلك لان
العتق المبهم ليس بنازل في المعين لانه اضيف الى احدهما غير عين وحين وقعت الشجة
بقيا مملوكين كما كان ولهذا وجب ارشهما للمولى لا لورثتهما قالوا في شروح
الجامع الصغير وهذا بخلاف ما اذا قتلهما رجل واحد فانه يغرم قيمة عبد ودية

حر يعني اذا قتلهما معا ولم يجعل كذلك في ضمان الشجتين والجاني واحد ايضا ه
والفرق بينهما بين قتلهما وشجهما ان البيان انشاء من وجه واظهار من وجه
على ما عرف في اصول الفقه وهو ان احدهما اذا مات تعين الباقي للعتق ولا يصح
قوله اردت الميت بالعتق لان الانشاء في الميت لا يصح ولو لم يمت العبدان يجبر
المولى على البيان على معنى ان البيان اظهار وتعيين للواقع ولو كان انشاء
من كل وجه لم يجبر لانه لا جبر في الانشاء ثم نقول ان العبد الشجة يصلحان
لانشاء العتق في حقهما فجعل البيان انشاء اي ايقاعا للعتق ابتداء وكان
العبدان مملوكين حين وقوع الشجة قبل ايقاع العتق فكان ارشهما لمولاهما
وبعد قتلهما او موتهما لم يبقيا محلا للانشاء فجعل البيان اظهارا وتعيينا للواقع
وكان احدهما حرا بيقين وان كانت الحرية غير نازلة في احدهما معينا فكان
قاتلهما قاتلا للحر منهما فوجب عليه قيمة عبد ودية حر لان القتل يلاقي محل العتق
واما الطرف فليس بمحل للعتق فانما يثبت حكم العتق في الطرف تبعا للعين فلا يثبت
قبل ثبوته في العين من كل وجه بخلاف ما اذا قتل كل واحد من العبدين رجل معا
حيث تجب قيمة المملوكين لعدم التيقن بقتل الحر لانه ينكر كل واحد منهما انه قتل
الحر قال ابو الحسن الكرخي في كتاب العتاق من مختصره واذا قال
الرجل لامتيه احداكما حرة ولا ينوي واحدة بعينها فقتلهما رجل جميعا معا فعلى
القاتل نصف قيمة كل واحدة منهما للمولى وعليه نصف دية حرة ونصف دية حرة لورثتهما
لانا نعلم انه قد قتل حرة وامة وان عليه دية وقيمة ولو قتلهما رجلان جميعا
معا كان على كل واحد منهما قيمة الامة التي قتل فيكون نصف قيمتها للمولى وما بقي
من قيمة كل واحدة منها لورثتها فان قتلهما رجلان او رجل واحد احداهما قبل
صاحبتها ففي الاولى القيمة للمولى وفي الثانية الدية للورثة وهذا كله قول

ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد ورواية محمد في املائه الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله وقال الشيخ ابو الحسين القدوري فالاصل في ذلك ان القاتل
لا يخلو اما ان يكون واحدا او اثنين وكل واحد منهما على فصلين اما ان يكون
قتلهما معا او واحدا بعد الاخرى فان كان القاتل واحدا وقتلهما معا فقد
علمنا انه قتل حرة وامة والواجب بقتل الحرة الدية وبقتل الامة القيمة
فالقيمة للمولى والدية للورثة وكل واحدة منهما تجب ديتها في حال وقيمتها في حال
فيقسم ذلك على اصلنا باعتبار الاحوال واما اذا قتل احديهما قبل صاحبتها
فقد تعينت الحرية في الثانية بقتل الاولى فكانت على القاتل قيمة الاولى للمولى
ودية الثانية للورثة واما اذا قتل كل واحد منهما رجل وكان القتل معا فعلى
كل واحد من القاتلين القيمة نصفها للورثة ونصفها للمولى لانا لا نعلم من يجب عليه
الدية منهما فسقط ايجابها لجهالة المستحق عليه فتثبت القيمة المتيقنة وليس كذلك
اذا كان القاتل واحدا لان المستحق عليه معلوم وانما جهل المستحق عليه فلم
يثبت عليه الاستحقاق بالشك وانما انقسمت القيمتان لان المولى مستحق
لبدل الاخرى وكل واحد منهما يستحق في حال ولا يستحق في حال ه واما اذا كان
القتل متفرقا يغرم القاتل الاول قيمة المقتول للمولى وقد تعينت الحرية في الثانية
فعلى قاتلها الدية لورثتها كذا ذكر القدوري في شرحه وقال الحاكم
الشهيد في الكافي وان لم يجز عليهما احد ولكن المولى مات قبل الاختيار
عتق نصف كل واحد منهما وسعت في نصف قيمتها وذلك لانه لما فات البيان بموت
المولى شاع العتق الواحد فيهما جميعا لانه ليس احدهما باولى من الآخر فلما عتق
نصف كل واحدة منهما وجب اخراج النصف الباقي الى الحرية بالسعاية فان اختار
المولى ايقاعه عند الموت على احديهما عتقت يعني عتق كلها من جميع المال لان البيان

مستحق عليه فيصح من جميع المال **قوله** ولان القياس يأبى ثبوت العتق
في المجهول عطف على قوله ان البيان انشاء من وجه يريد الفرق ثانيا بين الجناية والقتل
يعني ان القياس يأبى وقوع العتق اصلا في المنكر لعدم قابلية العتق فيه وهي اهلية
الولاية من القضاء والشهادات ولكن صح العتق نازلا في احدهما غير عين ضرورة
صحة تصرف المعتق لئلا يلغو كلامه الذي امتاز به عن سائر الحيوانات واثبت
له ولاية النقل من المجهول الى المعلوم بطريق البيان تعيينا للواقع بان يظهر ذلك
العتق المبهم في احدهما في واحد منهما بعينه فلما كان ثبوت العتق في المنكر ثابتا
بالضرورة ثم الضرورة تتحقق في حق النفس لا في حق الطرف لان محل العتق هو
النفس لا الطرف وانما يثبت العتق في الطرف تبعا للنفس لا مقصودا فبقي
العبد مملوكا في حق الطرف الذي وقع عليه الجناية على اصل القياس فكان ارشها
للمولى فافهم **قوله** قال ومن فقأ عيني عبد فان شاء المولى دفع عبده
واخذ قيمته وان شاء امسكه ولا شيء له من النقصان عند ابي حنيفة ه وقالا ان
شاء امسك العبد واخذ ما نقصه وان شاء دفع العبد واخذ قيمته اي قال في
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في عبد لرجل
فقأ رجل عينيه فان شاء المولى اخذ من الفاقئ قيمة العبد واعطاه العبد وان شاء
امسكه ولا شيء له وقال ابو يوسف ومحمد ان شاء اخذ قيمته واعطاه رقبته وان
شاء امسكه وضمنه ما نقصه الى هنا لفظ الجامع الصغير قال فقأ عينيه
اذا قلعهما واستخرجهما وقال في مختصر الاسرار اذا قطع الغاصب يدي العبد
او رجليه او قلع عينيه فالمالك بالخيار ان شاء ضمنه جميع قيمته وسلم العبد اليه
وان شاء امسكه ولا شيء له وقالا اذا امسك العبد واخذ النقصان وقال
المخالف يعني الشافعي يأخذ العبد وقيمته وهذه المسألة تسمى مسألة الجثة

العمياء، وجه قول الشافعي ان الضمان مقابل بالفائت فيبقى الباقي على ملكه
كما لو وردت الجناية على حر وكما لو قطع احدى يديه او فقأ احدى عينيه حيث يضمن
نصف القيمة ويبقى الباقي على ملكه وكما لو فقأ عيني مدبر فانه يضمن نقصان
القيمة ويبقى المدبر على ملكه ولنا ان الواجب ضمان الجناية كما في النفس ولكن
المولى يستحقه بسبب ملكه وماليته ثم ماليته كما تعتبر في حق الذات تعتبر في حق
الاطراف ايضا لسقوط اعتبار المالية في حق الذات تقررا عليه اعني انه لا يقال
ان اعتبار المالية مقصورا على الذات فحسب بل المالية في الذات والاطراف جميعا
فاذا كان استحقاق ضمان الجناية بالمالية وجب في تفويت اليدين او العينين
لتفويت جنس المنفعة تمام قيمة المالية فاذا اخذها المولى كان من شرط ذلك
تسليم الجثة الى الجاني لئلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك رجل واحد لانه
لا نظير له في الشرع بخلاف ما اذا فقأ عيني حر لانه ضمان الجناية وليس فيه معنى
المالية فلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد وبخلاف ما اذا فقأ احدى عيني
العبد او قطع احدى يديه لان الفائت هو النصف والباقي هو النصف ولم يوجد تفويت
جنس المنفعة فلم يجتمع البدل والمبدل والجواب عن المدبر ان الشرط الذي
قلنا من تسليم الجثة تعذر لان المدبر لا يقبل النقل من ملك الى ملك وقال
في مختصر الاسرار ولا يلزم اذا كان العبد مدبرا حيث يأخذ جميع قيمته مع بقائه
على ملكه لان محمدا ذكر انه لا يجب هناك قيمة اليدين وانما يأخذ ضمان النقصان
واحتج ابو يوسف ومحمد بان العبد مال والمعتبر في صفة ضمانه معنى
المالية وصاحب المال في النقصان الفاحش بالخيار ان شاء سلم العين واخذ قيمته وان
شاء امسكه وضمن النقصان فكذلك ههنا وهذا لان الضمان مقابل
بالعينين لكن الرقبة بذلك صارت هالكة من وجه وهي قائمة من وجه فان مال

الى الهلاك ضمنه القيمة وسلم العين اليه لانه اخذ عوض الرقبة لما صار للرقبة حكم الهلاك
وان شاء مال الى القيام فامسكه وضمنه النقصان وهو بدل العينين في المماليك
ولهذا قال محمد رحمه الله ان الجثة العمياء تاخذ قسطا من الماخوذ بالعينين
يعني ان ارش العينين وهي القيمة الكاملة بدل من العينين والجثة جميعا حتى انه
اذا استوفى كمال القيمة لم تسلم له الجثة فلما كان بدلا عنهما جميعا كان بالخيار ان
شاء الكل وازال الملك من الاصل وان شاء استبقى الملك في الاصل وضمنه النقصان
كما اذا خرق ثوب الغير خرقا فاحشا ولابي حنيفة ان الواجب ضمان المالية
مع اعتبار معنى الادمية لان العبد وان كان مالا ليس معنى الادمية في ذاته
غير وفي اطرافه بمهدر ولهذا لو قطع عبد يد عبد آخر يؤمر مولى الجاني بالدفع او
الفداء والدفع من احكام الادمية ولو كان معنى الادمية في الطرف مهدرا لم يؤمر
بالدفع بل وجب [illegible] رقبة الجاني في الجناية لان موجب جناية العبد في المال ذلك
[illegible] فاذا كان [illegible] العبد معنى المالية ومعنى الادمية اعتبر المعنيان جميعا فالضمان
باعتبار معنى الادمية لا يتوزع على الفائت وعلى الباقي بل يكون مقابلا بالفائت لا
غير كما في [illegible] الحر ويقتضي ذلك امساك الجثة مع اخذ كل القيمة كما قال
الشافعي والضمان بمعنى المالية يتوزع على الفائت وعلى الباقي ويقتضي ذلك امساك
الجثة مع اخذ النقصان وهو الذي وجب بمقابلة فوت الاجزاء كما قالا فوفرنا
على الشبهين من المالية والادمية حظهما فقلنا اذا اخذ قيمة العينين دفع الجثة
الى الجاني رعاية لمعنى المالية لئلا يجتمع البدل والمبدل في ملك واحد لانه اخذ كمال
القيمة وليس له اذا امسك الجثة ان ياخذ كمال القيمة لهذا المعنى وان ياخذ
النقصان ايضا وهو ما دون القيمة لان للعينين ارشا مقدرا وهو كمال القيمة فامتنع
الرجوع بالنقصان بخلاف سائر الاموال فانه ليس له ارش مقدر فامكن الرجوع بالنقصان

فالحاصل ان فيما قالا الغاء معنى الآدمية واعتبار معنى المالية لان تمالك
المال بالخيار ان شاء سلم العبد واخذ كمال القيمة وان شاء امسكها ورجع بالنقصان
كما في الخرق الفاحش وفيما قال الشافعي اعتبار معنى الآدمية والغاء معنى
المالية لانه يقول باخذ كمال القيمة مع امساك الجثة وفيما قال ابو حنيفة
اعتبار المعنيين جميعا فكان ما قاله اولى قوله فيجب ان تملك الجثة ه
اي يملك الجاني جثة العبد المجني عليه قوله وفي الاطراف ايضا ه اي
معنى الآدمية ليس بمهدر في اطراف العبد كما انه ليس بمهدر في ذات العبد
قوله من احكام الاولى ه اي من احكام الآدمية ان لا يقسم الضمان على
الفائت وعلى الباقي بل يكون بمقابلة الفائت ولا تملك الجثة كما في عيني الحر
قوله ومن احكام الثانية ه اي من احكام المالية ان يقسم الضمان على
الفائت وعلى الباقي وتملك الجثة فان قلت كيف اراد صاحب الهداية
بالاولى الآدمية والآدمية مذكورة بعد المالية وكيف اراد بالثانية المالية
والمالية مذكورة قبل الآدمية قلت انما فعل كذلك لانه ذكر دليل
الشافعي اولا وهو اعتبر معنى الآدمية ثم ذكر دليل ابي يوسف ومحمد وهما
اعتبرا المالية فكان وضع الاولى والثانية في موضعهما ه

فصل في جناية المدبر وام الولد

لما ذكر جناية القن والجناية عليه وهو كامل في المملوكية ذكر بعده جناية من هو
انقص في المملوكية وهو المدبر وام الولد قوله قال واذا جنى المدبر
وام الولد جناية ضمن المولى الاقل من قيمته ومن ارشها ه اي قال القدوري في
مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره جناية المدبر على سيده في
ماله دون عاقلته حالة فاذا قتل المدبر رجلا خطأ او جنى عليه فيما دون النفس

فذلك كله على المولى في قيمة المدبر يكون عليه الاقل من قيمته ومن ارش جنايته لا
يلزم المولى بجناية المدبر اكثر من قيمة واحدة مرة واحدة وان كثرت الاروش
وجاوزت الى مائة الف يشترك من جنى عليه المدبر اولا وآخرا تقارب ما بين
الجنايات او تفاوت سواء كانت على المولى لم تقبض منه او كانت قبضت منه فيتضاربون ربون
في القيمة بقدر ما لكل واحد منهم من ارش جنايته كما بينت لك انهم يتضاربون في رقبة
العبد الجاني اذا اختار المولى دفعها الى اولياء الجناية الى هنا لفظ الكرخي رحمه
الله والدليل على ان جناية المدبر على المولى ما ذكره محمد رحمه الله في الجنايات
ان ابا عبيدة بن الجراح رضي الله عنه قضى بجناية المدبر على مولاه وذلك بحضرة
الصحابة رضوان الله عليهم من غير خلاف وقد كان ابو عبيدة رضي الله عنه
امير الشام وقضاياه تظهر بين الصحابة رضي الله عنهم ه وذكر عن عمر بن عبد العزيز
وابن هبيرة مثل ذلك ولان المولى صار مانعا من تسليمه بالجناية بالتدبير
من غير اختيار فكانه دبره وهو لا يعلم بالجناية وانما لزمه الاقل من ذلك لان
الارش ان كان اقل من قيمته فلا حق لولي الجناية فيما زاد عليه وان كان اكثر من
القيمة فلم يتلف المولى بالتدبير الا الرقبة فلزمه قيمته كذا ذكر القدوري في
شرحه ه وكذلك الحكم في جناية ام الولد لهذا المعنى وانما لزمه في جميع الجنايات
قيمة واحدة لان المنع منع واحد والضمان يتعلق به فكان الجنايات اجتمعت ثم
دبره وانما يتضاربون بالقيمة لان كل واحد منهم يستحق بقدر جنايته فيضرب بذلك
وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو يوسف يضمن المولى قيمة المدبر
وام الولد بالجناية مدبرا وقال زفر يضمن قيمته عبدا وروى
ابن ابي مالك عن ابي يوسف مثله لابي يوسف ان النقص الحاصل بالتدبير
تقدم الجناية فلا يعتد به على المولى كما لو كان قطع يده ولزفر ان المولى

بالتدبير مانع من تسليمه فكأنه جنى ثم دبره **قوله** بخلاف القن يعني ان
المولى يتخير في جناية العبد القن بين الدفع والفداء وإن كان الارش اكثر لعدم
تعين اليسر في الأقل لاختلافهما وهنا لا يتخير المولى في جناية المدبر بين الأقل
والأكثر من قيمته ومن الارش لأنه لا فائدة في التخيير لأن المدبر لما امتنع دفعه
لأنه لا يقبل النقل من ملك تعين اليسر في الأقل لكون القيمة والارش مثلين
من حيث انهما بدل **قوله** وتعتبر قيمته لكل واحد في حال الجناية عليه
لأن المنع في هذا الوقت يتحقق ذكره تفريعا على مسئلة المختصر بما ذكره فيما
قال الكرخي في مختصره فيعتبر بقيمة المدبر لكل واحد منهم يوم جنى عليه ولا تعتبر
القيمة يوم التدبير واذا قتل قتيلا خطأ وقيمته يوم قتله الف ثم زادت قيمته
فصارت الفا وخمسمائة ثم قتل آخر فان ولي الجناية الثانية يأخذ من المولى
خمسمائة فضل القيمة فيحتسب ذلك عليه من ارش جنايته ثم يقتسم الباقي وهو الف على
تسعة وثلثين جزءا لأن الثاني قبض خمسمائة فيحتسب عليه من الدية فبقي له تسعة
الآف وخمسمائة فيضرب بما بقي له وللأول الدية كاملة فيكون تسعة الآف وخمسمائة
تسعة عشر جزءا كل خمسمائة جزء فيكون للأول عشرة الآف وهي عشرون جزءا لأن
له الدية ولم يقبض منها شيئا فيكون الالف الباقي على تسعة وثلثين جزءا وكذلك لو
كان المولى دفع قيمة المدبر الى الأول خمسمائة ثم جنى على آخر وقيمته الف فان المولى
يدفع خمسمائة فضل القيمة للثاني ثم يتبع الثاني الأول فيما قبض فيكون بينهما على
تسعة وثلثين والقبض في هذا وغير القبض سواء الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
قوله قال فان جنى جناية اخرى وقد دفع المولى القيمة الى ولي الجناية
الأولى بقضاء قاض فلا شيء عليه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه ويتبع
ولي الجناية الثانية ولي الجناية الأولى فيشاركه فيما اخذ وذلك لأن الضمان لزم

المولى لأجل المنع الذي حصل منه في الرقبة وهو منع واحد فصار كأن الجنايات
كلها اجتمعت ثم دبره فلا يلزمه الا قيمة واحدة ويتعلق حق جماعتهم بها فاذا دفعها
الى الأول بقضاء فقد انتهت عهدتها بغير اختياره فلا يلزمه ضمانها وللثاني ان يتبع
الأول لأنه قبض ما تعلق حقه به كالوصي اذا دفع التركة الى الغرماء ثم ظهر غريم آخر
فانه يشاركهم فيما قبضوا ولم يرجع على الوصي كذلك هاهنا **قوله** قال وان كان
المولى دفع القيمة بغير قضاء فالولي بالخيار ان شاء اتبع المولى وان شاء اتبع ولي
الجناية الأولى اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان اتبع المولى فله ان يرجع
على ولي الجناية الأولى وذلك لأن المولى سلم الى الأول ما تعلق حق الثاني به
فكان للثاني الخيار في تضمين ايهما شاء فان ضمن المولى رجع على ولي الجناية الأولى لأنا
تبينا انه دفع اليه ما ليس بحق له فكان له الرجوع به وهذا كله قول ابي حنيفة
وقالا ابو يوسف ومحمد يتبع ولي الجناية الثانية الأول ولا سبيل له على
المولى سواء دفع بقضاء او بغير قضاء لأن المولى دفع الى الأول ولا حق للثاني
فلم يكن متعديا في الدفع فلا يلزمه الضمان **قوله** وهذا اشارة الى كون
المولى جانيا بدفع قيمة المدبر الى الأول حيث دفع حق الثاني طوعا لأن الجناية
الثانية وان كانت متأخرة عن الجناية الأولى وقوعا مقارنة مع الجناية الأولى من
حيث الحكم من وجه بدليل مشاركة ولي الجناية الثانية ولي الجناية الأولى
ومن وجه متأخرة عن الجناية الأولى من حيث الحكم ايضا بدليل اعتبار قيمته
في حق الثانية حين وقوعها فلما كان كذلك جعلت الثانية كالمقارنة في حق التضمين
اذا دفع بغير قضاء لأنه ابطل ما تعلق حق الثاني به ولم تجعل كالمقارنة اذا دفع بقضاء
لأنه مجبور بالدفع عملا بشبهي المقارنة والتأخر **قوله** واذا اعتق المولى
المدبر وقد جنى جنايات لم يلزمه الا قيمة واحدة وعتاقه وغير عتاقه سواء وهو على

ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قال الكرخي في مختصره ولو اعتق المدبر وقد
جنى جنايات كثيرة لم يلزمه الا قيمة واحدة وعتاقه وغير عتاقه سوآء وهو على ما قدمته
لك لانه لا شيء من الجنايات في رقبة المدبر قوله وام الولد بمنزلة
المدبر في جميع ما وصفناه ذكره على سبيل التفريع قال الكرخي في مختصره
وجناية ام الولد على المولى وهي في جميع ما ذكرت لك بمنزلة المدبر الى هنا لفظ
الكرخي وذلك لان حق الحرية يتعلق برقبتها كالمدبر ولان المولى منع
من تسليمها بالاستيلاد السابق من غير اختيار قوله واذا اقر المدبر بجناية
لم يجز اقراره ولا يلزمه به شيء عتق او لم يعتق ذكره بسبيل التفريع ايضا قال
القدوري في شرح مختصر الكرخي انما يعني به جناية الخطاء لانها لازمة لمولاه
فاقراره على المولى لا يتعلق به حكم ولم يذكر القدوري جناية المكاتب ونحن
نذكر ما يتعلق بهذا الموضع قال الكرخي في مختصره وجناية المكاتب على
نفسه دون سيده ودون العاقلة يحكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارش جنايته الى
هنا لفظ الكرخي وذلك لان اكساب المكاتب لنفسه فكانت جنايته عليه
كالحر ولانه هو المانع من تسليم رقبته في الجناية بقبوله الكتابة فصار كالمولى
المانع لتسليم المدبر بالتدبير فاذا لزمت جناية المدبر المولى لزمت جناية المكاتب
المكاتب ولا يقال ان المولى هو المانع بعقد الكتابة كما منع بالتدبير لان نفس
العقد لا يمنع الدفع اذا حصل العجز وانما يمنعه البقاء عليه وذلك بحق المكاتب
وانما لزمه الاقل لان الارش اذا كان هو الاقل فلا حق للمولى في اكثر منه واذا كانت
القيمة اقل لم يمنع المكاتب ما زاد عليها فلا يلزمه ما لم يمنع قال الكرخي
فاذا حكم الحاكم عليه صارت دينا عليه وسقطت من رقبته وما لم يحكم الحاكم
فهو في رقبته لو عجز بعد الحكم باعه الحاكم في دينه وان عجز قبل الحكم قيل للمولى ادفعه

او افده بارش الجناية فاما اذا حكم وقضى دين عليه يؤدى بها من كسبه ما دام في الكتابة
فان عجز بيع في ذلك الى هنا لفظ الكرخي قال القدوري في شرحه
وهذا قول اصحابنا ان جناية المكاتب تتعلق برقبته وقال زفر تتعلق بذمته
لنا ان رقبته يجوز تسليمها في الجناية لو عجز المكاتب فتتعلق الجناية بها كرقبة
العبد وجه قول زفر ان رقبة المكاتب لا يصح فيها التمليك فصار كالحر والمدبر
فلا تتعلق الجناية برقبته وفائدة هذا الخلاف ان المكاتب اذا عجز قبل انتقال
الجناية من رقبته قيل للمولى ادفعه او افده وقال زفر يباع في الارش قيل
قولنا ان الجناية في الرقبة وقد امكن فيها الدفع فصارت كجناية العبد وعلى
قوله الجناية في الذمة يباع فيها اذا عجز كما يباع في الديون ويظهر الخلاف
ايضا في المكاتب اذا جنى قبل القضاء عليه بالجناية قضى عليه بقيمة واحدة لان الجناية
الاولى متعلقة برقبته وكذلك الثانية فتتضايق الرقبة عنهما فتكون بينهما
كجنايتي العبد وعلى قول زفر يحكم في كل جناية بقيمة لانها تجب عنده في الذمة والذمة
لا تتضايق به واذا ثبت ان جناية المكاتب تتعلق برقبته لم تنتقل الى ذمته
الا باحد معان ثلاثة اما بان يحكم الحاكم بارشها عليه او بان يصطلحوا على الارش
او يموت ويترك مالا او ولدا وذلك لانه قد كانت الجناية موقوفة الحكم بجواز
ان يعجز فيدفع او يعتق فيتعذر الدفع ويجب الارش فاذا قضى القاضي بالارش فقد حكم
باحدى جهتي المراعاة وابطل الجهة الاخرى وكذلك اذا اصطلحوا لان الصلح يوجب
البدل في الذمة فينتقل الجناية عن الرقبة فاما اذا مات وترك وفاء فقد حكمنا
بعتقه في آخر جزء من اجزاء الحيوة وذلك يمنع من دفع الرقبة فينتقل الحق الى الذمة وكذلك
اذا اعتق في حال الحيوة لفوات العلة وكذلك اذا ترك ولدا لان الولد قام مقامه
وتعذر دفع الرقبة بالموت وقال الكرخي ايضا واذا جنى المكاتب جنايات

جناية بعد جناية قبل ان يحكم عليه بشيء ثم رافعوه الى الحاكم حكم عليه بالاقل من قيمته
ومن اروش الجنايات التي لزمته الى هنا لفظ الكرخي وهذا على ما قدمنا ان
الجنايات تتعلق برقبته فتتضايق عنها وقال الكرخي ايضا فان جنى جناية
فحكم عليه بالاقل من قيمته ومن ارشها ثم جنى جناية اخرى فخوصم فيها فان الحاكم يحكم
عليه ايضا بالاقل من قيمته ومن ارش الجناية الى هنا لفظه رحمه الله وذلك
لانه لما حكم بالاولى نقلها من الرقبة الى الذمة فصادفت الجناية الثانية الرقبة
فارغة فتعلقت بها كالاولى وقال الكرخي وينظر الحاكم الى قيمة المكاتب
يوم جنى في كل جناية يرتفع اليه فيها ولا تعتبر زيادة القيمة بعد الجناية ولا
نقصانها على ما فسرت لك في المدبر وقال الكرخي ايضا واذا جنى المكاتب اقر
بجناية خطأ لزمته وحكم الحاكم بها عليه الى هنا لفظه وذلك لان جنايته مستحقة
من كسبه وهو احق باكسابه فينفذ اقراره كالحر قال الكرخي وان لم يحكم
حتى عجز بطلت وذلك لان الاقرار صار لازما للمولى الا ترى ان الجناية
لو ثبتت لزم المولى الدفع او الفداء فلم يجز اقرار المكاتب في حق غيره وقال
الكرخي ايضا وان عجز بعد الحكم بطلت ايضا عنه عند ابي حنيفة واما في قول ابي يوسف
ومحمد فلا تبطل وهو دين يباع فيها الى هنا لفظه رحمه الله لابي حنيفة
ان المكاتب فيما لم تتضمن الكتابة الاذن فيه باق على حجره بدلالة القرض والكتابة
لا تتضمن الاقرار بالجناية وكان محجورا عليه في الاقرار وانما الزمناه ذلك لثبوت
حقه في اكسابه فاذا عجز زال هذا المعنى فبطل ما تعلق باقراره وجه قولهما ان
الحاكم لما حكم عليه صارت الجناية دينا في ذمته فلا يبطل بعجزه كما لو اقر بدين ثم عجز
وقال الكرخي فان اقر بجناية فلم يحكم الحاكم بها حتى ادى فعتق صارت
دينا عليه حين عتق الى هنا لفظه وذلك لان جنايته تلزمه في اكسابه ولا تلزم

المولى فما كان بعتقه كالديون التي يقر بها وليس كذلك العبد يقر بالجناية ثم يعتق لان جنايته
على مولاه ومن اقر بحق على غيره لم يلزم في نفسه كذا ذكر القدوري في شرحه والله اعلم

باب غصب العبد والمدبر والجناية في ذلك

ه اي في العبد والمدبر

لما ذكر جناية العبد والمدبر ذكر في هذا الباب جنايتهما مع غصبهما لان المفرد قبل
المركب ثم جر كلامه الى بيان حكم غصب الصبي قوله قال ومن قطع يد
عبده ثم غصبه رجل ومات في يده من القطع فعليه قيمته اقطع وان كان المولى قطع يده
في يد الغاصب فمات من ذلك في يد الغاصب لا شيء عليه ه اي قال في الجامع الصغير
وذلك لان الغصب من اسباب الملك عندنا لان المضمونات تملك عندنا باداء الضمان
مستندا الى اول الغصب فلما كان سبب الملك كان تخلل الغصب بين الجناية والسرا
قاطعا للسراية كما لو تخلل البيع واذا بطل حكم السراية صار كانه غصب عبدا اقطع
اليد ومات عنده واورد الفقيه ابو الليث سؤالا وجوابا فقال فان قيل
اذا مات من جراحة المولى فلم لا يجعل كان المولى قتله فلا يجب عليه شيء ه
قيل له الغصب صار فاصلا بين القطع والهلاك فلا يستند الهلاك الى القطع فصار
في حكم الغاصب كان العبد مات بآفة سماوية الا ترى ان رجلا لو قطع يد
عبده ثم باعه فمات في يد المشتري مات من مال المشتري لان قبض المشتري صار فاصلا
بين القطع والهلاك فكذلك هنا فاما اذا قطع المولى يده في يد الغاصب فمات
من ذلك برئ الغاصب من الضمان لان المولى صار مستردا للعبد لاستيلائه عليه
بالقطع ثم لم يوجد ما يبطل قطع السراية عن الجناية كالمشتري اذا قطع يد العبد قبل
القبض يصير قابضا وفي الفصل الاول لم يصر مستردا لان القطع كان قبل الغصب
قوله كيف وانه استولى عليه ه اي كيف لا يكون المولى مستردا للعبد

الغاصب والحال انه استولى على العبد بالقطع والاستهلاك استردادًا قوله
قال واذا غصب العبد المحجور عليه عبدًا محجورًا عليه فمات في يده فهو ضامن له
اي قال في الجامع الصغير وهذا اذا كان الغصب ظاهرًا فيضمن في الحال يباع فيه
لان افعال العبد معتبرة ولو كان الغصب ظهر باقراره لا يجب الا بعد العتق كذا قال
الفقيه ابو الليث وذلك لان الرق يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال
وان اقر العبد المحجور بحد او قصاص لزمه في الحال لانه مبقي في ذلك على اصل الحرية
وقد مر ذلك في كتاب الحجر قوله قال ومن غصب مدبرًا فجنى عنده جناية
ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى فعلى المولى قيمته بينهما نصفان له اي قال
في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في مدبر لرجل
غصبه رجل فجنى عنده جناية ثم رده على المولى فجنى عنده جناية اخرى قال على
المولى قيمته نصفان بين وليي الجنايتين ثم يرجع المولى بنصف قيمته على الغاصب فياخذه
فيدفعه الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع به على الغاصب فياخذ منه ايضًا وقال
محمد يرجع المولى على الغاصب بنصف القيمة فيسلم له ولا يدفعه الى احد فان كان
جنى عند المولى اولا ثم غصبه رجل فجنى عنده جناية قال على المولى قيمته نصفين بين وليي
الجنايتين ثم يرجع بنصف القيمة فيدفعها الى ولي الجناية الاولى ولا يرجع به في قولهم
جميعًا الى هنا لفظ محمد في اصل الجامع الصغير وينبغي ان يكون وجوب القيمة
على المولى اذا كانت القيمة اقل من الارش لان حكم جناية المدبر ان يلزم الاقل منهما على
المولى فنقول بعد ذلك انما وجب على المولى قيمة المدبر بين وليي الجنايتين نصفين
لانه بالتدبير السابق صار مانعًا لدفع المدبر لانه لا يقبل النقل من ملك الى ملك على
وجه لم يصر مختارًا للفداء لانعدام العلم بجناية توجد في المستقبل حين دبره فتلزمه
القيمة عليه بينهما لان العبد لو كان محل الدفع ما كان يلزمه الا دفع واحد فكذا

تعذر الدفع لا يلزمه الا قيمة واحدة فيعطي نصف القيمة لولي الجناية الاولى ونصفه
لولي الجناية الثانية وقد بقي حق ولي الجناية الاولى في نصف القيمة لان حقه كان
في كل القيمة لانه حين جنى اولا كان فارغًا عن الجناية الثانية فاستحق ولي الجناية
الاولى كل القيمة وقد وصل اليه النصف وبقي حقه في النصف الآخر وحق ولي الجناية
الثانية في نصف القيمة لا غير لانه حين جنى ثانيًا كان مشغولًا بالجناية الاولى فيرجع
المولى على الغاصب بنصف القيمة ويدفعها الى ولي الجناية الاولى اكمالا لحقه ثم يرجع
المولى به على الغاصب لانه استحق عليه بسبب كان في ضمان الغاصب ولم يسلم له
فصار كانه لم ياخذها من الغاصب واذا رجع بالنصف على الغاصب ثانيًا سلم للمولى اذ ذلك
لانه وصل الى اولياء الجناية تمام حقهم وهذا قول ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد اذا رجع المولى على الغاصب بنصف القيمة اول مرة يسلم له ولا
يدفعه الى ولي الجناية الاولى لان ما رجع به على الغاصب عوض ما دفع الى ولي
الجناية الاولى لانه انما ضمن نصف القيمة لولي الجناية الاولى بجناية كانت في
ضمان الغاصب فلو دفع اليه ما رجع به على الغاصب يجتمع العوض والمعوض في ملك ولي
الجناية الاولى وهذا لا يجوز وجوابه ما قال فخر الدين قاضي خان
ان ما اخذ المولى من الغاصب هو بدل عن المدفوع الى ولي الجناية الاولى من
العبد فيما بين المولى والغاصب فاما في حق ولي الجناية الاولى لا يعتبر بدلا عن
العبد بل يعتبر بدلا عن الميت ويكون الشيء الواحد بدلا عن عين في حق انسان ويكون
بدلا عن شيء آخر في حق غيره كالنصراني اذا باع الخمر وقضى منه دين المسلم يجوز ويكون
الماخوذ بدل الخمر في حق النصراني وفي حق المسلم بدل دينه كذا ههنا هذا اذا كانت
الجناية الاولى عند الغاصب والجناية الثانية عند المولى فان كانت الجناية
الاولى عند المولى ثم غصبه غاصب فجنى عنده جناية اخرى فان المولى يدفع قيمته الى وليي

الجنايتين بنصفين ثم يرجع على الغاصب بنصف القيمة ويدفع الى ولي الجناية الاولى ولا
يرجع على الغاصب مرة اخرى وهذا بالاجماع والفرق لمحمد في انه يدفع ما
رجع به على الغاصب الى ولي الجناية الاولى وفي المسئلة الاولى لا يدفعه اليه بل يسلم
ذلك للمولى عنده ان ما رجع به على الغاصب هنا ليس عوض ما ضمن لولي الجناية
الاولى فلو دفع الى ولي الجناية الاولى لا يؤدي الى تكرار الاستحقاق بخلاف المسئلة
الاولى فان ما رجع به على الغاصب ثمه عوض ما ضمن لولي الجناية الاولى فلو دفعه
الى ولي الجناية الاولى يؤدي الى تكرار الاستحقاق فيلزم الجمع بين العوض والمعوض
في ملك واحد فلا يجوز فلهذا سلم ما رجع به على الغاصب للمولى ه والفرق لهما
في عدم الرجوع على الغاصب ثانيا هنا وفي الرجوع ثانيا في المسئلة الاولى ان ولي
الجناية الاولى استحق هذا النصف بسبب كان في ضمان المولى لا في ضمان الغاصب
فلهذا لم يرجع على الغاصب ثانيا بخلاف الفصل الاول فان ولي الجناية الاولى استحق
هذا النصف بسبب كان في ضمان الغاصب فلهذا رجع عليه ثانيا وبيان قيمة
المدبر في باب البيع الفاسد قوله لما بينا في الفصل الاول ه اي فيما
اذا جنى المدبر في يد الغاصب ثم في يد المولى قوله غير ان استحقاق النصف
حصل بالجناية الثانية الى آخره ه نصب على الاستثناء ذكره فرقا لمحمد بين المسئلة
الاولى والثانية ان في الاولى كان يسلم النصف الذي رجع به على الغاصب للمولى
عنده وفي الثانية لا يسلم له بل يدفعه الى ولي الجناية الاولى والفرق لما قررناه
آنفا قوله ولا يرجع به على الغاصب ه اي لا يرجع المولى مرة ثانية بالنصف
الذي رجع به على الغاصب ودفعه الى ولي الجناية الاولى ه قوله وهذا
بالاجماع ه اي عدم رجوع المولى على الغاصب في المسئلة الثانية بالاجماع بخلاف
المسئلة الاولى فان ثمه كان يرجع المولى عليه عند ابي حنيفة وابي يوسف مرة ثانية

وهما يحتاجان الى الفرق والفرق ما قررناه آنفا ثم اعلم ان
القدوري ذكر في كتاب التقريب قول ابي حنيفة وحده وذكر قول زفر
وابي يوسف فيه مع محمد قوله ثم وضع المسئلة في العبد ه اي وضع
محمد في الجامع الصغير مسئلة العبد القن وهي ان رجلا غصب عبدا فقتل العبد عنده
قتيلا خطأ ثم رده الى مولاه فقتل عند المولى رجلا خطأ فدفعه مولاه الى وليي
الجنايتين قال يرجع على الغاصب بنصف قيمة العبد ويدفع ذلك الى ولي الجناية
الاولى ثم يرجع على الغاصب بنصف قيمة اخرى ويسلم له هذا وقال محمد
وزفر ما اخذ المولى من الغاصب من نصف قيمة العبد بعد دفع العبد يسلم له ولا
يدفع الى ولي الجناية الاولى ه ولو غصب عبدا كان قتل عند مولاه رجلا
خطأ ثم قتل عند الغاصب قتيلا خطأ ثم رده على مولاه فان المولى يدفعه
بالجنايتين ويرجع على الغاصب بنصف القيمة ويدفعه الى ولي الجناية الاولى في
قولهم جميعا ثم لا يرجع على الغاصب بشيء بعد ذلك والحاصل ان الجواب في
العبد القن كالجواب في العبد المدبر في الاتفاق والاختلاف سواء الا ان
المدبر يدفع القيمة لانه لا يحتمل النقل من ملك الى ملك وفي القن يدفع نفس
العبد فافهمه قوله قال ومن غصب مدبرا فجنى عنده جناية ثم رده على
المولى ثم غصبه ثم جنى عنده جناية فعلى المولى قيمته بينهما نصفين ه اي قال في
الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في مدبر غصبه
رجل فجنى عنده جناية ثم رده على المولى ثم غصبه ايضا فجنى عنده قال يغرم مولى المدبر
قيمة واحدة بين وليي الجنايتين ثم يرجع بقيمته على الغاصب فيأخذها فيدفع نصفها
الى ولي الجناية الاولى ثم يرجع بنصف القيمة على الغاصب وانما غرم المولى قيمة واحدة
لوليي الجنايتين لان جنايات المدبر وان كثرت لا توجب الا قيمة واحدة فيرجع بجميع

ما ضمن على الغاصب لأنه إنما ضمن بسبب جناية كانت في ضمان الغاصب فإذا رجع بذلك دفع نصف ذلك إلى ولي الجناية الأولى لأن حقه كان في جميع القيمة وإنما وصل إليه النصف بمزاحمة الثاني فإذا وجد شيئا من قيمة المدبر فارغا عن المزاحمة أخذه ثم يرجع المولى على الغاصب بهذا النصف ثانيا لأنه استحق عليه بسبب كان في ضمان الغاصب فيسلم للمولى هذا النصف لأنه وصل إلى ولي الجناية الأولى تمام حقه وهو كل القيمة وكذا وصل إلى ولي الجناية الثانية تمام حقه من قيمة المدبر لأن حقه كان في النصف وقد وصل إليه النصف قوله وقد وصل ذلك إليه ه أي وصل النصف إلى ولي الجناية الثانية قوله ثم قيل هذه المسئلة على الاختلاف كالأولى ه يعني قال بعض المشايخ يتحقق في هذه المسئلة خلاف محمد أيضا كما في المسئلة الأولى حتى يسلم للمولى ما رجع به من القيمة على الغاصب ولا يأخذ ولي الجناية الأولى باقي حقه قوله وقيل هي على الاتفاق يعني لا خلاف لمحمد في هذه المسئلة بل يأخذ ولي الجناية الأولى تمام حقه وهو نصف القيمة من المولى إذا رجع على الغاصب وهذا هو الصحيح لأن محمدا ذكر هذه المسئلة في الجامع الصغير بلا خلاف وهكذا قرر هذه المسئلة بلا خلاف فخر الإسلام البزدوي وغيره في شروح الجامع الصغير فعلى هذا يحتاج محمد إلى الفرق بين المسئلتين والفرق ما ذكره في المتن وهو أن في المسئلة الأولى لو أخذ ولي الجناية الأولى يلزم تكرار الاستحقاق لأن ما رجع به المولى على الغاصب عوض ما أخذه ولي الجناية الأولى لأن الجناية الثانية كانت في يد المولى فلأجل هذا سلم ذلك للمولى عنده كيلا يلزم اجتماع البدل والمبدل في ملك واحد وفي هذه المسئلة يمكن أن يجعل ذلك عوضا عن الجناية الثانية التي وقعت في يد الغاصب فلا يؤدي إلى تكرار الاستحقاق قوله لأن الجناية كانت في يد المالك

أي الجناية الثانية كانت في يد المولى قوله فلا يؤدي إلى ما ذكرناه ه أي إلى تكرار الاستحقاق قوله قال ومن غصب صبيا حرا فمات في يده فجاءة أو بحمى فليس عليه شيء وإن مات من صاعقة أو نهشة حية فعلى عاقلة الغاصب الدية ه أي قال في الجامع الصغير وأراد بغصب الصبي أخذه بسبيل التعدي لأن حقيقة الغصب وهو أخذ مال الغير بسبيل التعدي لا يكون إلا في المال لا في غيره وقال زفر والشافعي لا يجب شيء وهو القياس وجه القياس أنه لو وجب الضمان لوجب بالغصب ولا يتحقق الغصب في الحر فلا يضمن قياسا على ما لو مات فجاءة أو مات بحمى ولهذا لا يجب الضمان إذا غصب مكاتبا صغيرا لكونه حرا يدا وإن لم يكن رقبة فلئلا يجب الضمان في الصبي الحر أولى لأنه حر رقبة ويدا وجه الاستحسان أنه لا يجب عليه الضمان من حيث أنه غصب لأنه لا يتحقق في الحر وإنما يضمن من حيث أنه إتلاف لأنه أتلف الصبي تسبيبا والمتسبب يضمن إذا كان متعديا وهو متعد لا شك فيه لأنه أخذه بلا إذن الولي ومتسبب في إتلافه بالنقل إلى المسبعة ومكان الصواعق وهذا لأن السبع والصاعقة لا يكونان في كل مكان فيكون ضامنا بخلاف ما إذا مات فجاءة أو بحمى لأن ذلك لا يختلف باختلاف المكان حتى لو نقله إلى موضع وبي وهو مخصوص بالحمى والأمراض قالوا ينبغي أن يضمن والجواب عن مسئلة المكاتب الصغير أن المكاتب في يد نفسه صغيرا كان أو كبيرا ولهذا لا يزوجه أحد فصار كالحر الكبير فلم يكن في يد الغاصب والصبي الحر ليس له يد ولهذا يزوجه وليه فكان في يد الغاصب فظهر الفرق وإنما وجب الدية على العاقلة لكونه قتلا تسبيبا ه ولو قتل الصبي رجلا لم يكن على الذي غصبه شيء لأنه مختار فيه والذي غصبه ليس بمتسبب في ذلك فلا يضمن شيئا ه وإذا حمل الرجل الصبي الحر

على دابة وقال له امسكها وليس منه بسبيل فسقط الصبي عن الدابة فمات فالرجل
ضامن لديته على عاقلته سواء كان صبيا يركب مثله او لا يركب لان الحامل
متسبب لقتله لانه لولا حمله لما سقط وهو متعد في ذلك اذا لم يكن بسبيل
منه شرعا والمتسبب كالمباشر في هذا الباب اذا كان متعديا اصله حافر البير
ولو سار الصبي فاوطا انسانا فقتله وهو يسير على الدابة يستمسك على الدابة فدية
القتيل على عاقلته لانه احدث السير بغير اذن الرجل بل بارادته مختار في تسيير
الدابة وهذا شي حدث بسير الدابة وهو مضاف الى الصبي لا الى الحامل لان الحمل
ليس بسبب لسير الدابة ه ولو كان سببا فقد اعترض عليه فعل فاعل مختار وانقطع
نسبة اثر السير منه ولو كان الصبي لا يستمسك على الدابة ولا يسير الدابة
فدم القتيل هدر لان سير الدابة لا يضاف اليه ولا الى الحامل فصار قتيل
الدابة فيهدر دمه ه ولو كان الصبي متمسكا عليها او غير مستمسك فسار
الدابة فوقع الصبي وهو يسير فمات فديته على عاقلة الذي حمله على الدابة لان
السقوط من مسببات الحمل سارت الدابة او لم تسر فينسب الى الحمل بشرط التعدي
واذا حمل الرجل صبيا مع نفسه على الدابة ومثله لا يصرف الدابة ولا يستمسك عليها
فوطيت الدابة انسانا فقتلته فالدية على عاقلة الرجل لان سير الدابة يضاف
الى الرجل والصبي بمنزلة حمل عليه ويجب عليه الكفارة لانه بالسير يستعمل رجل
الدابة في السير فصار رجل الدابة كرجله فكانه وطي برجل نفسه ولو كان كذلك
يكون قاتلا بطريق المباشرة فيلزمه الكفارة فكذا هذا ه وان كان الصبي ممن يصرف
الدابة ويسير عليها ويستمسك فالدية على عاقلتهما حينئذ يكون سير الدابة مضافا
اليهما فما حدث بسبب السير يكون عليهما ولا يرجع به على عاقلة الرجل لانه مختار في
فعل التسيير ليس بمحمول من جهة الرجل كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي

في شرح الكافي في باب جناية الصبي فقال فنهسته الحية نهشا اذا عضته
وهو بالشين المعجمة والمهملة جميعا **قوله** قال واذا اودع صبي عبدا
فقتله فعلى عاقلته الدية وان اودع طعاما فاكله لم يضمن ه اي قال في الجامع
الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في رجل قد اودع صبيا طعاما فاكله قال لا ضمان عليه وان اودعه غلاما قد عقل
فقتله قال هو ضامن لقيمته على العاقلة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وهو
قول محمد وقال ابو يوسف الصبي ضامن للطعام ايضا وقول الشافعي كقول
ابي يوسف قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير ودلت المسئلة
على ان الاختلاف في الصبي الذي يعقل فاما الذي لا يعقل فيجب ان يضمن بالا جماع
لان تسليطه هدر وفعله معتبر والاختلاف ثابت في العبد المحجور ايضا وهو
ابن ثنتي عشرة سنة مثلا والاختلاف في الايداع والاعارة والقرض والبيع وكل وجه
من وجوه التسليط اليه واحد كذا قال فخر الاسلام وقال الامام
الاسبيجابي في شرح الطحاوي في كتاب الوديعة ومن اودع عند صبي مالا
فهلكت عنده لا ضمان عليه بالاجماع ولو استهلكه الصبي فانه ينظر ان كان
الصبي ماذونا في التجارة ضمن عندهم جميعا وان كان محجورا عليه ولكنه قبل
الوديعة باذن وليه ضمن بالاجماع وان كان قبل بغير اذن وليه لا ضمان عليه
عند ابي حنيفة ومحمد لا للحال ولا بعد الادراك وعند ابي يوسف يضمن في الحال
واجمعوا انه لو استهلك مال الغير من غير ان يكون وديعة عنده ضمن للحال
ولو كانت الوديعة عبدا فقتله الصبي كانت ديته على عاقلته بالاجماع ولو جنى عليه
فيما دون النفس كان ارشه في مال الصبي بالاجماع ولو اودع عند عبد وديعة
فهلكت عنده لا ضمان عليه بالاجماع ولو استهلكه ان كان ماذونا له في

التجارة او محجورا عليه ولكنه قبل الوديعة باذن مولاه ضمن بالاجماع ويكون
دينا عليه وان كان العبد محجورا عليه وقبل الوديعة بغير اذن مولاه لا يضمن
في الحال ولكن يضمن بعد العتق ان كان بالغا عاقلا عند ابي حنيفة ومحمد وعند
ابي يوسف يضمن في الحال واجمعوا انه لو استهلك من غير ايداع ضمن ه
واجمعوا انه ان كانت الوديعة عبدا فجنى عليه في النفس او فيما دون النفس
يواخذ به ويخاطب مولاه بالدفع او الفداء كذا في شرح الطحاوي وجه قول
ابي يوسف انه اتلف مالا معصوما حقا لمالكه بغير اذنه فيضمنه لان الصبي المحجور
والعبد المحجور يواخذان بافعالهما وان لم يواخذا باقوالهما والاستهلاك فعل
فيجب الضمان وهذا لان الاستهلاك فعل حسي فوجبت المواخذة لانه لا مرد
للافعال الحسية وانما يكون ذلك في التصرفات الشرعية فكان المحجور وغير المحجور
سواء ولهذا اذا كانت الوديعة عبدا او امة فاتلفه يضمن بالاتفاق وكذلك
يضمن اذا كان ماذونا له في التجارة ولابي حنيفة ومحمد ان المالك سلطه
على الاتلاف والاستهلاك فاذا اتلفه كان متلفا له بتسليط المالك عليه فلا يجب
الضمان لان التسليم اليه واثبات يده عليه تسليط على ما ينال بالايدي فصار كما
اذا اباحه وشرط التقييد بالحفظ باطل لعدم ولاية المودع على المحجور فبقي التسليط
مطلقا عن قيد الشرط فلا يجب الضمان بخلاف الماذون له في التجارة فان الاذن
بالتجارة اذن بقبول الوديعة اذ لا بد للتجار من قبول الوديعة فاذا صح قبول الوديعة
صح التزام الحفظ فيجب الضمان بترك الحفظ وليس كذلك مسئلة العبد والامة
فان القتل لم يحصل بتسليط من المالك لان اثبات الايدي على دمه وحوته باطل لان
العبد يبقى على اصل الحرية في حق الدم ثم في قتل العبد تجب الدية على عاقلة الصبي لان
دماء العبيد تعقل عندنا وعمد الصبي وخطاؤه سواء او نقول ان من عادة

الصبي اتلاف الاموال فاذا مكنه من ماله مع علمه بعادته فقد رضي باتلافه كمن قدم
شعيرا الى دابة ولا يشبه ما اذا كان ماذونا لان الولي انما ياذن له في التجارة
اذا علم منه الحفظ ولا يلزم اذا اودع صبيا عبدا فقتله لانه لم تجر عادة الصبيان
بقتل العبيد فلم يكن ايداعه عنده رضا بالقتل ولان الغرض اذن في الاستهلاك
ومن اذن لصبي في استهلاك ماله ففعل فلا ضمان عليه كذلك اذا كان الاذن في
مضمون كلامه فان قيل ايداعه عند الصبي ليس باكثر من القائه ماله في البرية
ومن القى ماله في البرية فقد رضي باتلافه ومع هذا لو اتلفه متلف يضمنه فكذلك
اذا اودع صبيا قلنا القاؤه المال في البرية رضا منه باتلاف من ليس بمعين
والاباحة لمن ليس بمعين لا يتعلق بها حكم بخلاف الفرع كمن قال ابحت اتلاف مالي
لواحد من الناس فان متلفه يضمن ولو قال لفلان فاتلفه لا يضمن كذا في مختصر الاسرار
او نقول ان المال معصوم للمالك لانه كان مباحا مخلوقا لمنفعة الناس
جميعا والعصمة ثبتت فيه للمالك بيده عليه فاذا ازال يده عنه بايداعه عند من لا
يصلح خلفا عنه ازال حفظه عنه لان يد الصبي المحجور لا تصلح خلفا عنه لعدم الولاية
عليه ويد الصبي مانعة ليد الغير فيزول بيد الصبي يد المالك عنه فتزول العصمة
ايضا لزوال يد المالك ثم اذا اتلفه الصبي يكون متلفا مالا غير معصوم ومن اتلف
مالا غير معصوم لا يجب عليه الضمان كاتلاف مال الحربي وهذا بيان ما
اقتضاه تقرير الهداية ولقائل ان يقول لا نسلم انه ازال يده لا الى خلف
بل الى خلف وهو يد المودع ولا نسلم ان يد الصبي لا تصلح خلفا عن يد المالك
غاية ما في الباب انه ليس من اهل وجوب الحفظ ولا نسلم انه ليس من
اهل وجود الحفظ لان الكلام في الصبي العاقل والغالب من حال الصبي العاقل هو
الحفظ ولهذا لو دفع الوصي اليه المال يجوز ولا يضمن الوصي لانه لم يترك النظر

ولئن سلمنا انه ازال اليد من غير خلف فنقول ثبوت اليد لثبوت العصمة يشترط ابتداء اما بعد ثبوت العصمة فلا نسلم ان دوام اليد شرط لدوام العصمة لان دوام الحكم مستغن عن دوام السبب فبقي المال معصوما متقوما فينبغي ان تجب الضمان ولكن الجواب الصحيح ما قلنا ان التسليط يخرج الفعل من ان يكون سببا موجبا للضمان لانه رضا باتلافه والبابي يعلم في شرح طريقة الخلاف لاصحابنا قوله وعلى هذا الخلاف الاقراض ه يعني اذا اقرض الصبي شيا وسلمه اليه فاستهلكه لا يضمن في قول ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف قوله وهذا يدل على ان غير العاقل يضمن بالاتفاق ه اي الذي ذكره في الجامع الصغير يدل على ذلك لانه وضع المسلة في صبي عاقل كما روينا وكذلك يدل ما ذكره في الجامع الكبير ايضا لانه وضعها في صبي ابن اثنتي عشرة سنة لان الغالب من حال الصبي في هذا السن ان يكون عاقلا وهذا الذي قاله صاحب الهداية هو مذهب فخر الاسلام وقال بعض مشايخنا ان الصبي اذا لم يكن عاقلا لا يضمن في قولهم واليه ذهب قاضي خان في شرح الجامع الصغير قوله وبخلاف ما اذا اتلفه غير الصبي في يد الصبي لانه سقطت العصمة بالاضافة الى الصبي دون غيره يعني ان المتلف للوديعة اذا كان غير الصبي المودع يضمنها لان عصمة الوديعة انما سقطت في حق الصبي المودع فحسب ولم تسقط في حق غيره لان العصمة سقطت بالتسليط ولم يوجد التسليط في حق غيره كمن وجب عليه القصاص يسقط عصمة دمه في حق من وجب له القصاص فحسب حتى بقي معصوم الدم في حق غيره قوله قال وان استهلك مالا ضمنه ه اي قال محمد في الجامع الصغير في الصبي يستهلك الاموال لرجل قال هو ضامن وهذا في غير الوديعة وفيه اتفاق وفي الوديعة اذا استهلكها خلاف سبق انفا وانما ضمن لان الصغر يوجب الحجر في الاقوال دون الافعال فكان مواخذا

بفعله اذا كان صالحا لحكمه لعموم قوله تعالى فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ه وقوله عليه السلام على اليد ما اخذت حتى ترده لانه لا فصل في الاية والحديث بين الصبي وغيره ولا يقال ان الصبي رفع عنه القلم بالحديث فكيف وجب عليه الضمان لان رفع القلم يدل على رفع الاثم ولا يلزم من رفع الاثم نفي الضمان كما في النايم اذا انقلب على شي فاتلفه ه

باب القسامة

لما كان يؤول امر القتل الى القسامة اذا لم يعرف قاتله شرع في بيانها لانه يحتاج اليها على ذلك التقدير ثم القسامة عبارة عن الايمان التي تعرض على خمسين رجلا من اهل المحلة او الدار اذا وجد فيها قتيل لم يعرف قاتله فان لم يبلغ الرجال خمسين رجلا تكرر اليمين الى ان تتم خمسين يمينا ه وسببها وجود قتيل لا يدرى قاتله في محلة او دار او في موضع يقرب من القرية بحيث يسمع الصوت منه ه وشرطها ان يكون الذي يقسم رجلا عاقلا بالغا حرا حتى لا تجب القسامة على المراة والمجنون والصبي والعبد ومن شرطها ان يكون بالميت اثر القتل نحو الضرب والخنق والجراحة فاذا لم يكن الاثر موجودا فهو ميت لا قتيل فلا قسامة فيه ولا دية ومن شرطها ايضا تكميل خمسين يمينا كما بينا وركنها ان يقول من يقسم بالله ما قتلته ولا علمت له قاتلا لان ركن الشي ما يقوم به ذلك الشي ولا قيام للقسامة الا بها وحكمها وجوب الدية على العاقلة في ثلاث سنين عندنا وعند الشافعي اذا حلفوا برؤا فاما اذا ابوا القسامة فيحبسون حتى يحلفوا او يقروا ه وشرعيتها ثبتت بالاحاديث الصحيحة نذكرها بعد هذا ان شا الله تعالى وبالاجماع ايضا قوله قال واذا وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم يتخيرهم الولي بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا ه اي قال القدوري

في مختصره وتمامه فيه فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية قال ابو الحسن
الكرخي في مختصره قال ابن سماعة وبشر بن الوليد وعلي بن الجعد قالوا سمعنا
ابا يوسف قال في القتيل يوجد في المحلة او في دار رجل في المصر فان ابا حنيفة
قال في ذلك ان كانت به جراحة او اثر ضرب او اثر خنق فان هذا قتيل وفيه
القسامة على عاقلة رب الدار اذا وجد في الدار او على عاقلة المحلة اذا وجد في
المحلة يقسم كل رجل منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا ثم يغرمون الدية في
ثلث سنين على اهل الديوان في كل سنة الثلث والذين يحلفون خمسون رجلا
يتخيرهم من العاقلة ولي الدم فان نقصوا من الخمسين كررت عليهم الايمان حتى يكمل
خمسين يمينا وليس يحلف فيهم صبي لم يبلغ ولا امراة ولا عبد ويحلف ما سوى
ذلك من القسامة والتخيير في ذلك الى ولي الدم ثم قال الكرخي
فيه وان كان ميتا ليس به اثر ولا جراح فليس في هذا قسامة ولا دية هذا
ميت وان كان اهل المحلة فيهم الفاسق والصالح فالخيار في استحلافهم الى
الورثة يختارون اهل الصلاح ان احبوا حتى يستحلفوهم فان كان اهل
الصلاح لا يتمون خمسين وارادوا ان يردوا عليهم الايمان فليس لهم ذلك
ولهم ان يتخيروا من الباقين تمام خمسين رجلا الى هنا لفظ الكرخي رحمه
الله وقال ابن الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع واذا قتل
رجل فادعى ولاته ان رجلا قتله عمدا واتوا بلوث على قتله وجبت لهم
القسامة واذا اقسموا اقتلوا به قاتله واللوث شيئان الشاهد العدل
وقول المجروح دمي عند فلان وفي الثالث مذهبان يعني الذي يرى معه
سيفه وشهادة الواحد لوث توجب القسامة وفي شهادة النساء روايتان
احديهما انه لوث يوجب القسامة والاخرى انها لا توجبها وكذلك شهادة

الواحد والجماعة اذا لم يكونوا عدولا وفي شهادة العبيد روايتان احديهما انه
لوث وقيل لا يكون لوثا واذا وجد رجل مقتول ووجد بقربه رجل معه سيف
او في يده شيء من الة القتل وعليه اثار القتل فذلك لوث يوجب القسامة لولاته
والايمان في القسامة مغلظة بخلافها في سائر الحقوق ويحلف الحالف فيها في
المسجد الاعظم بعد الصلاة عند اجتماع الناس فيه ويجلب الى مكة والمدينة وبيت
المقدس من وجبت عليه قسامة في اعمالها ولا يجلب الى غيرها الا من المكان
القريب ويبدا في القسامة بالمدعين دون المدعى عليه فيحلفون خمسين يمينا
ويستحقون القود بقسامة منهم وهذا اذا كان عددهم ما بين خمسين رجلا
الى رجلين ولا يقسم في العمد رجل واحد ولا يقسم فيه امراة ولا جماعة النساء واذا
كان ولاة الدم اكثر من خمسين رجلا ففيها روايتان احديها انه يقتصر على
خمسين منهم فيحلفون خمسين يمينا والاخرى انهم يحلفون كلهم وان زادت عدة
الايمان على خمسين واذا نكل المدعون للدم عن القسامة ردت الايمان على
المدعى عليهم فنكلوا حبسوا حتى يحلفوا فان طال حبسهم تركوا وعلى كل واحد منهم
جلد مائة وحبس سنة ولا حق في الدم للبنات مع البنين ولا يقتل بالقسامة
الا رجل واحد ويقتل بالاقرار والبينة الجماعة بالواحد واذا اختلف ولاة الدم
في الدعوى فقال بعضهم قتل عمدا وقال بعضهم قتل خطاء اقسموا كلهم
على قتله ووجب لهم ديته وان قال بعضهم قتل عمدا وقال بعضهم لا علم لنا
بقتله لم يقسم احد منهم وردت الايمان على المدعى عليهم وان قال بعضهم قتل خطاء
وقال بعضهم لا علم لنا بقتله اقسم من ادعى قتله خمسين يمينا واستحقوا انصباءهم من
الدية كذا في التفريع وقال الغزالي في وجيزه مظنة القسامة قتل الحر في
محل اللوث فلا قسامة في المال والاطراف وفي العبد قولان واللوث

قرينة حال يغلب الظن لقتيل في محلة بينهم عداوة او قتيل دخل عليهم ضيفا او قتيل
تفرق عنه جماعة محصورون او قتيل في صف الخصم المقاتل او لقتيل في الصحرآء او
على راسه رجل معه سكين وقول المجروح قتلني فلان ليس بلوث وقول واحد ممن
تقبل شهادته لوث وقول جمع من لا تقبل روايتهم لوث والقياس ان قول واحد
منهم لوث واما عدد من الصبية والفسقة فيهم خلاف وكيفية القسامة ان
يحلف المدعي خمسين يمينا متوالية في مجلس واحد بعد التحذير والتغليظ ولو كان
في مجلسين فوجهان ولا يناط بالقسامة القصاص في الجديد بل الدية من الجاني
ان حلف على العمد ومن العاقلة ان حلف على الخطاء فان نكل عن القسامة ونكل
المدعى عليه عن اليمين فهي تمكينه من اليمين المردودة قولان وكذا اذا نكل عن
اليمين مع الشاهد وعاد الى اليمين المردودة كذا في وجيزهم وقال الخرقي
من اصحاب احمد بن حنبل في مختصره واذا وجد قتيل فادعى اولياؤه على قوم لا عداوة
بينهم ولم يكن لهم بينة لم يحكم لهم بيمين ولا غيرها وان كان بينهم عداوة ولوث
وادعى اولياؤه على واحد منهم وانكر المدعى عليه ولم يكن للاولياء بينة حلف
الاولياء خمسين يمينا على قاتله واستحقوا دمه وان كانت الدعوى عمدا فان
لم يحلف الاولياء حلف المدعى عليه خمسين يمينا وبرئ فان لم يحلف المدعون
ولم يرضوا بيمين المدعى عليه فداه الامام من بيت المال فان شهدت البينة
العادلة ان المجروح قال دمي عند فلان فليس بموجب للقسامة ما لم يكن لوث
والنساء والصبيان لا يقسمون الى هنا لفظ الخرقي رحمه الله وجه قول
الخصوم في البداءة بيمين الولي ما روى مالك في موطائه قال حدثنا ابو ليلى بن عبد الله
ابن عبد الرحمن عن سهل بن ابي حثمة انه اخبره رجال من كبراء قومه ان عبد الله بن
سهل ومحيصة خرجا الى خيبر من جهد اصابهما فاتى محيصة فاخبر ان عبد الله بن سهل

قد قتل وطرح في فقير بئر او عين فاتى يهود فقال انتم والله قتلتموه قالوا والله ما
قتلناه ثم اقبل حتى قدم على قومه فذكر لهم ذلك ثم اقبل هو وحويصة وهو اخوه
اكبر منه وعبد الرحمن بن سهل فذهب محيصة ليتكلم فقال رسول الله صلى الله عليه
وسلم كبر كبر يريد السن فتكلم حويصة ثم تكلم محيصة فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم اما ان يدوا صاحبكم واما ان يؤذنوا بحرب فكتب اليهم رسول
الله صلى الله عليه وسلم في ذلك فكتبوا انا والله ما قتلنا فقال رسول الله صلى
الله عليه وسلم لحويصة ومحيصة وعبد الرحمن اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم
قالوا لا قال فتحلف لكم يهود قالوا ليسوا بمسلمين فوداه رسول الله صلى الله عليه
وسلم من عنده فبعث اليهم مائة ناقة حتى ادخلت عليهم الدار قال سهل بن ابي حثمة
لقد ركضتني منها ناقة حمراء وجه الاستدلال بالحديث ان النبي صلى
الله عليه وسلم بدا بيمين الاولياء ولان اليمين تثبت في حق من يشهد له
الظاهر بدليل المدعى عليه في سائر الحقوق وفي مسئلتنا الظاهر يشهد للمدعي
لانه اذا كان هناك لوث يغلب على ظن المستمع والرائي انه صادق في قوله فيجب
ان تثبت اليمين في حقه ولكن هذه دلالة فيها شبهة ولا يجب القصاص مع الشبهة
في الجديد ويجب الدية ولنا ما روى الطحاوي في شرح الاثار باسناده وقال
حدثنا يونس حدثنا سفين عن يحيى بن سعيد سمع بشير بن يسار عن سهل بن ابي حثمة
قال وجد عبد الله بن سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر فجاء اخوه عبد الرحمن بن
سهل وعماه حويصة ومحيصة الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فذهب عبد الرحمن
ليتكلم فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم الكبر الكبر فتكلم احد عميه اما
محيصة واما حويصة تكلم الكبير منهما قال يا رسول الله انا وجدنا عبد الله بن
سهل قتيلا في قليب من قلب خيبر وذكر عداوة اليهود لهم قال فتبريكم يهود بخمسين

يمينا انهم لم يقتلوه قال قلت فكيف نرضى بايمانهم وهم مشركون قال فيقسم منكم
خمسون انهم قتلوه قالوا كيف نقسم على ما لم نره فوداه رسول الله صلى الله عليه
وسلم من عنده وهذا نص في البداءة بيمين المدعى عليهم وقال الكرخي في مختصره
حدثنا الهروي قال حدثنا محمد بن شجاع عن موسى بن داود عن معتمر بن سليمن عن خصيف
عن زياد بن ابي مريم قال جاء رجل الى النبي صلى الله عليه وسلم فقال اني وجدت اخي قتيلا
في بني فلان فقال اجمع منهم خمسين فيحلفون بالله ما قتلوا ولا علموا قاتلا فقال يا رسول
الله ليس لي من اخي الا هذا قال بل مائة من الابل ومعنى حديث الخثعمي انه كان
على سبيل الانكار عليهم كانه قال اتدعون وتاخذون كقوله تعالى افحكم الجاهلية
يبغون فقال لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم اتحلفون وتستحقون يعني ان اليهود
وان كانوا كفارا فليس عليهم فيما تدعون عليهم غير ايمانهم قال الطحاوي
والدليل على صحة هذا التاويل ما قد حكم به عمر بن الخطاب رضي الله عنه
بعد رسول الله صلى الله عليه وسلم بحضرة اصحابه فلم ينكر عليه منهم منكر ومحال
ان يكون عند الانصار من ذلك علم ولا سيما سهل ومحيصة فانه قد كان حيا حينئذ
يومئذ وسهل الا يخبروه بما حكم رسول الله صلى الله عليه وسلم قال الطحاوي
فيما روي عن عمر رضي الله عنه في ذلك ما حدثنا ابن مرزوق قال حدثنا
وهب بن جرير قال حدثنا شعبة عن الحكم عن الحرث بن الازمع انه قال لعمر رضي الله
عنه انا ندفع اموالنا عن ايماننا قال لا وعقله وقال الطحاوي ايضا
وحدثنا فهد قال حدثنا ابو غسان قال حدثنا زهير بن معوية قال حدثنا ابو اسحق
عن الحرث بن الازمع قال قتل قتيل بين وادعة وحي آخر والقتيل الى وادعة
اقرب فقال عمر بن الخطاب رضي الله عنه لوادعة ليحلف خمسون رجلا منكم
بالله ما قتلناه ولا نعلم قاتلا ثم اغرموا قال له الحرث نحلف وتغرمنا قال نعم

وقال الطحاوي ايضا وحدثنا محمد بن خزيمة قال حدثنا يوسف بن عدي قال
حدثنا عثمن بن مطر عن ابي حريز عن الشعبي عن الحرث الوادعي قال اصابوا قتيلا بين
قريتين فكتبوا في ذلك الى عمر بن الخطاب وكتب عمر رضي الله عنه قيسوا بين
القريتين فايهما كان اليه ادنى فخذوا خمسين قسامة يحلفون بالله ثم غرمهم
الدية قال الحرث فكنت فيمن اقسم ثم غرمنا الدية فهذه القسامة التي حكم بها اصحاب
رسول الله صلى الله عليه وسلم ورددوا في ذلك قول رسول الله صلى الله عليه وسلم
انه قال لو يعطى الناس بدعواهم لادعى ناس دماء قوم واموالهم ولكن اليمين على
المدعى عليه رواه ابن عباس رضي الله عنهما فسوى رسول الله صلى الله عليه وسلم بين
الاموال والدماء وحكم فيهما بحكم واحد فثبت بذلك ان حديث سهل هو على هذا المعنى
وقال الطحاوي ايضا حدثنا ابو بشر الرقي حدثنا ابو معوية الضرير عن ابن
ابي ذئب عن الزهري ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالقسامة على المدعى عليهم
فثبت بذلك ان القسامة على المدعى عليهم لا على المدعين على ما بين الزهري
كذا في شرح الاثار ولان يمين المدعي قوله فلا يستحق بها المال كالدعوى
ثم مالك يتمسك باستحقاق الاولياء القود بقسامتهم بقوله عليه السلام
تحلفون وتستحقون دم صاحبكم وجوابه ما قال محمد بن الحسن في موطاه
ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال لهم اتحلفون وتستحقون دم صاحبكم يعني
بالدية ليس بالقود يدل على انه اراد الدية دون القود قوله في اول الحديث
اما ان يدوا صاحبكم واما ان يؤذنوا بحرب وهذا لان الدم قد يستحق
بالدية كما يستحق بالقود ولو كان المراد القود لقال اتحلفون وتستحقون دم من ادعيتم
فيكون نصا على القود قوله فاللوث عندهما اي عند مالك والشافعي
رحمهما الله وتفسير اللوث عندهما قد اصبناه يقال بينهم لوث اي شر وطلب

اسمه محيصة بن مسعود [illegible] عبد الرحمن بن سهل [illegible] ابن عبد الله [illegible] المدني

بحقد ما خوذ من قولهم لوث الماء كدره ولوث ثيابه بالطين اي لطخها فتلوث ه

قوله فان لم يكن الظاهر شاهدا له فمذهبه مثل مذهبنا في ان القول قول المدعى عليه مع يمينه كما في سائر الدعاوي وكذا قول الشافعي غيرانه لا تكرر اليمين بل يردها على المدعي الولي يعني عندنا تكرر اليمين على المدعى عليهم اذا لم يكمل عددهم خمسين وعند الخصم لا تكرر بل ترد على الولي وفيه نظر لان مذهب مالك والشافعي ليس كذلك لانهما يبدءان بيمين الولي اذا وجد اللوث فاذا نكل الولي عن اليمين فحينئذ ترد على المدعى عليهم وقد مر بيانه عن كتبهم قوله والقصاص لاجماعهما ه اي لا تثبت القصاص مع الشبهة قوله وروى ابن المسيب هو سعيد بن المسيب وهو من اعلى طبقات التابعين وتكرر في ذكره نظر لانه لم يذكر روايته في كتب الحديث في هذا الباب مثل الموطا والصحيح والسنن وشرح الاثار وغير ذلك نعم قد روي عن الزهري ذلك في شرح الاثار وقد مر ذكره ايضا قوله

وقوله يتخيرهم الولي ه اشارة الى ان تعيين الخمسين الى الولي ه اي قول القدوري في مختصره يتخيرهم الولي اشارة الى ان خيار التعيين الى الدم وانما كان الخيار اليه لان الايمان حق له فكان الخيار اليه ولان في اختياره فايدة وهو انه يختار من يتهمه بالقتل ويختار صالحي القبيلة الذين لا يحلفون على الكذب ولهذا جعل الخيار اليه دون السلطان لان التحليف حق الاولياء لكونه ذريعة الى حقهم وان كان في اهل المحلة صالحون وطالحون يتخير الاولياء الصالحين ان اختاروا ذلك وقد مر رواية الكرخي فيه وان كان تهمة القتل في الصالحين اكثر لان التحليف لفايدة النكول فكان تحليف الذي يتورع عادة عن الكذب اولى لحصول العلم بالقاتل عند نكوله ولكن اذا اختارهم الولي يحلف كل واحد منهم بالله ما قتلت ولا علمت له قاتلا ولا يقول بالله ما قتلنا ولا علمنا له قاتلا بلفظ اسناد الفعل الى الجماعة لانه

يجوز ان يكون قاتلا وحده وبلفظ الجمع ينفي ان يكون قاتلا مع الجماعة وكذلك في جانب العلم لانه يجوز ان يكون قاتلا وحده هو عالما بالقتل وحده وهو ينفي ان يكون غيره عالما معه قوله ولو اختاروا منهم اعمى او محدودا في قذف جاز وهذه من مسايل الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر وذلك لانها يمين محضة وليست بشهادة ولهما اهلية اليمين فيحلفان لان احتمال العلم والقتل ثابت في حقهما بخلاف اللعان حيث لا يجوز اللعان منهما لان اللعان شهادة وليس لهما اداء الشهادة قوله قال فاذا حلفوا قضي على اهل المحلة بالدية ولا يستحلف الولي ه اي قال القدوري في مختصره وقال الشافعي اذا حلف المدعى عليهم بالقتل بريوا لان الحلف مبري فلا يجب معه شيء كما في سائر الدعاوي ولنا ان النبي صلى الله عليه وسلم جمع بين الدية والقسامة في حديث سهل بن ابي حثمة وزياد بن ابي مريم وقضى عمر رضي الله عنه بالقسامة والدية ايضا بحضور الصحابة رضي الله عنهم فحل محل الاجماع حتى قالوا لعمر رضي الله عنه لما قضى عليهم بالدية لا ايماننا تدفع عن اموالنا ولا اموالنا تدفع عن ايماننا فقال عمر رضي الله عنه اما ايمانكم فلحقن دمائكم واما اموالكم فلوجود القتيل بين اظهركم وقوله الخصم الحلف مبري قلنا نحن نقول بموجبه ولكن مبري عما وجب لاجله الحلف وهو القصاص لا عن غيره كما اذا كانت الدعوى على الشي فحلف المدعى عليه على ذلك الشي انقطعت الخصومة عنه وههنا فيما نحن فيه استحلف كل واحد منهم على القتل فباليمين انقطعت الخصومة عن دعوى القتل فلم يجب القصاص ولكن وجب عليه حق آخر لا لكونه قاتلا بل لتقصيرهم في صيانة المحلة عن فساد القتل لانه لولا تقصيرهم لما وقع هذا الامر والتسبيب في القتل بهذا الطريق موجب للدية في الشرع الا ترى ان العاقلة يؤخذون بالدية وهم ما قتلوا ولكن قصروا في صيانة وليهم عن ذلك

حتى وقع فيما وقع فالحق التسبب بالمباشرة في ايجاب الدية صيانة للدم عن الاهدار
فان قلت اذا لم تكن اليمين مبرئة عن الدية فما فائدة قوله عليه السلام فتبرئكم
يهود بخمسين يمينا انهم لم يقتلوه قلت فائدته البراءة عن القصاص الذي وجب اليمين
لاجله لا البراءة عن الدية بدليل ما روينا لان النبي صلى الله عليه وسلم وعمر رضي
الله عنه جمعا بين الدية والقسامة قوله على وادعة وهي بطن من همدان
كذا ذكر الكلبي في جمهرة النسب قوله ومن ابى منهم اليمين حبس حتى يحلف
ذكره تفريعا على مسئلة المختصر قال الكرخي في مختصره ومن ابى منهم ان يحلف
حبس حتى يحلف او يقر فيلزمه ما اقر به اي من نكل من الخمسين الذين اختارهم الولي
عن اليمين حبس حتى يحلف او يقر وذلك لان اليمين واجب عليهم فمن نكل منع حقا
واجبا عليه ومنع الحق ظلم وجزاء الظلم الحبس فاذا حلف دفع القتل واذا اقر وجب
موجب ما اقر به لان اقراره حجة عليه فان قلت كيف لا يحكم بمجرد النكول
كما يحكم في النكول عن دعوى المال قلت اليمين في باب القسامة مستحقة لذاتها
اعني انها نفس الحق وليست ببدل عن الدية تعظيما لامر الدم ولو كانت بدلا عنها لم يجمع بين
اليمين والدية وقد ثبت انها مستحقة لذاتها بخلاف النكول عن اليمين في دعوى
المال حيث يجب المال لان اليمين ثمة بدل عن اصل حق المدعي واصل حقه المال
والدليل على كونها بدلا ان المدعى عليه لو بذل المدعى تسقط اليمين وفي باب
القسامة لا تسقط اليمين ببذل الدية بل تجب اليمين المكررة قوله وهذا
الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا
باعيانهم والدعوى في العمد او الخطاء اي وجوب القسامة والدية فيما اذا كانت
دعوى القتل على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض او على بعضهم لا باعيانهم سواء
كان الدعوى في العمد والخطاء لان البعض اذا لم يكن معينا لا يتميز عن البعض الآخر

فصار كما اذا ادعى على الجميع فاما اذا ادعى على البعض بعينه انه قتل وليه عمدا او خطأ
قال صاحب الهداية فكذلك الجواب يعني تجب القسامة والدية قال يدل
عليه اطلاق الجواب في الكتاب اي في كتاب القدوري اشار به الى ما ذكر بقوله وا ذا
وجد القتيل في محلة لا يعلم من قتله استحلف خمسون رجلا منهم الى آخره لانه اطلق وجوب
القسامة والدية على اهل المحلة ولم يقيد الدعوى بالوقوع على الجميع او على البعض لا
باعيانهم او باعيانهم واجاب في المبسوط كذلك اعني انه اوجب القسامة والدية فيما
اذا كان الدعوى على البعض بعينه قال القدوري في كتاب التقريب
قال في الاصل اذا ادعى الولي على واحد من اهل المحلة بعينه فالقسامة والدية بحالها
وقال ابو يوسف القياس ان تسقط القسامة الا انا تركناه للاثر وحكى هشام عن
محمد ان القسامة تسقط وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة الى هنا لفظ التقريب
وجه القياس ان دعواه على واحد منهم براءة لغيره فلم تجز ايجاب القسامة
والدية من غير دعوى فتجب يمين واحدة ولان القياس يأبى وجوب القسامة
على اهل المحلة لاحتمال القتل من غيرهم وانما ثبت القسامة بالنص اذا كان الدعوى عليهم
جميعا او الاكثر لا باعيانهم فبقي الحكم في الباقي وهو اذا كان الدعوى على
البعض بعينه على اصل القياس فلم تجب القسامة وجه الاستحسان في وجوب
القسامة والدية على اهل المحلة فيما اذا كان الدعوى على البعض بعينه عدم فصل
النص الوارد في باب القسامة بين دعوى ودعوى فترك القياس بالنص فوجب
القسامة والدية وهذا بخلاف ما اذا ادعى الولي القتل على واحد من غير
اهل المحلة لا تجب القسامة فيه لان النص لم يرد بايجابها والقياس يأباه فامتنع
القسامة اصلا ثم الحكم فيه ان كان للولي بينة حكم بها والا يستحلف
المدعى عليه يمينا واحدة فان حلف برئ وان نكل ينظر فان كان الدعوى في المال

اعني في القتل خطأ او في القطع خطأ يثبت المال وان كانت في القصاص فهو على
اختلاف مضى في باب اليمين في كتاب الدعوى بين ابي حنيفة وصاحبيه بيانه
انه اذا ادعى قصاصا على غيره فجحد استحلف لقوله عليه السلام واليمين على من انكر
فان نكل عن اليمين فيما دون النفس لزمه القصاص عند ابي حنيفة خلافا لابي يوسف
ومحمد فعندهما يجب الارش بناء على اختلافهم في معنى النكول فعند ابي حنيفة انه
في معنى البذل وبذل ما دون النفس يصح من طريق الحكم الا ترى ان
من اذن لرجل في قطع يده ففعل لم يلزمه قصاص ولا ضمان كما لو استوفاه بحق فاذا صح
بذله جاز استيفاؤه بالنكول كالاموال وعلى قولهما النكول قائم مقام
الاقرار وليس بصريح فيه بدليل افتقاره الى حكم الحاكم والاقرار حكمه ثابت
بنفسه والقصاص لا يثبت بما قام مقام الغير ومتى تعذر استيفاء القصاص وجب
المال كدم العمد المشترك اذا عفا احد الشريكين وان نكل في النفس حبس حتى يقر
او يحلف او يموت جوعا عند ابي حنيفة وقالا يلزمه الارش كما في النكول في
الطرف وقد كان القياس عند ابي حنيفة ان يقتص منه لما مر فيما دون النفس
وانما استحسن في اسقاط القصاص تعظيما لحرمة النفس الا ترى انه تعلق
ما لم يتعلق بغيرها من تكرار الايمان ووجوب الكفارة فلذلك افترقا ه
وانما قال يحبس لان اليمين قد تكون نفس الحق بدليل اجتماع الدية والقسامة
في القتيل الذي يوجد في المحلة واذا جاز ان تكون نفس الحق فمتى امتنع من ايفائها
وتعذر الجمع بموجب نكوله وجب ان يحبس وعلى قولهما لما تعذر استيفاء القصاص
وجب المال وباقي التقرير مر في باب اليمين من كتاب الدعوى ه قوله
سنذكر من بعد ه اي سنذكر حكم من ادعى على واحد من غير اهل المحلة بعد ورقتين
عند قوله وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم قوله قال فان لم

يكمل اهل المحلة كررت عليهم الايمان حتى تتم خمسين ه اي قال القدوري في مختصره
وذلك لان الخمسين يمينا واجب بالسنة فيجب اكمالها ما امكن وقد روي
عن عمر رضي الله عنه انه لما قضى في القسامة وافاه تسعة واربعون رجلا فكرر
اليمين على رجل منهم حتى تمت الخمسون ثم قضى بالدية رواه الكرخي في مختصره
باسناده الى ابن الاعرج قال حدثنا الحرث بن الازمع انه كان فيمن حلف فاقسموا
بالله ما قتلناه ولا علمنا له قاتلا وكانوا تسعة واربعين رجلا فاخذ عمر رضي
الله عنه منهم رجلا حتى تموا خمسين فقالوا نعطي ايماننا واموالنا قال عمر رضي
الله عنه نعم فبم يبطل دم هذا فان قيل اي فائدة في تكرار اليمين ومن
حلف مرة يحلف اخرى وهو الظاهر قلنا لا حاجة الى بيان الفائدة لان
التكرار ثبت بالسنة او نقول الفائدة استعظام امر الدم ولهذا قلنا
بتكرار اليمين في اللعان وذلك يمين عند الشافعي وعندنا تشتمل على معنى اليمين
والشهادة ثم اذا كان العدد كاملا فليس للولي ان يكرر اليمين على بعضهم زيادة
على الخمسين يمينا لانه حصل اقامة السنة ولا ضرورة الى الزيادة قوله
وابى اليه ه هكذا ذكر صاحب الهداية واهل اللغة يقولون واباه ه اي
اباه بدون الصلة قوله قال ولا قسامة على صبي ولا مجنون ه اي قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه ولا امراة ولا عبد وذلك لان اليمين قول
ولا صحة لقول الصبي والمجنون واما المراة والعبد فلانهما ليسا من اهل النصرة
ووجوب القسامة على من ينصر البقعة ولان هولاء اتباع في المحلة وليسوا باصول
قوله وان وجد قتيلا ولا اثر به فلا قسامة ولا دية ه هذا لفظ
القدوري في مختصره وتمامه فيه وكذلك اذا كان الدم يسيل من دبره او انفه
او فمه وان كان يخرج من عينه او اذنه فهو قتيل الى هنا لفظ المختصر وصاحب

الهداية لم يذكر فيها الانف والغالب انه سهو القلم لانه ذكره في البداية كما قرره
القدوري في مختصره والاصل فيه ان القتيل اسم لميت مات بسبب باشره
حي عادة فاذا وجد في المحل سبب قاتل عادة يوجد من العباد يستدل به على انه
قتيل والا فلا وخروج الدم من موضع يخرج منه الدم عادة من غير ضرب لا يكون
اثر القتل كما اذا خرج من فيه او انفه لانه قد يكون ذلك من رعاف فلم يصلح دليلا
على وجود ضرب في المحل وكذلك ان خرج من دبره لا يكون دليلا على القتل فانه
قد يكون لعلة في الباطن وقد يكون لاكل شيء غير موافق وكذلك ان خرج من
الاحليل لا يكون ذلك دليلا على القتل لانه قد يكون ذلك لعرق انفجر في الباطن
او لضعف الكلى او لضعف الكبد وقد يقع من شدة الخوف ايضا فاما اذا خرج
الدم من اذنه او عينه كان ذلك دلالة القتل ظاهرا لان الدم لا يخرج منهما عادة
الا بضرب حادث قال فخر الاسلام في شرح الزيادات ودلالة القتل
جراحة توجد او دم يخرج من عينه او اذنه او يصعد من جوفه الى فيه واما ما يخرج
من انفه او دبره او ذكره او ينزل من راسه الى فيه فليس يصلح دليلا على القتيل
الى هنا لفظه فعلى ما ذكره ينبغي ان يكون الجواب في الدم الخارج من الفم على التفصيل
قوله والغرامة ه اراد بها الدية يعني ان غرامة الدية انما تلزم العبيد
اذا وجد فعل القتل واذا لم يوجد فلا قوله والقسامة لاحتمال القتل
يعني ان القسامة ايضا انما تجب على اهل المحلة لاحتمال وقوع القتل منهم فيظهر ذلك
بالقسامة فاذا لم يكن القتل محتملا لعدم اثره فلا تجب القسامة قوله
ثم يجب عليه القسم ه اي يجب على العبد اليمين قوله وقد ذكرناه في الشهيد
يعني في كتاب الصلاة في باب الشهيد قوله ولو وجد بدن القتيل او
اكثر من نصف البدن او النصف ومعه الراس في محلة فعلى اهلها القسامة والدية

وان وجد نصفه مشقوقا بالطول او وجد اقل من النصف ومعه الراس او يده او
رجله او راسه فلا شيء عليهم وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة
المختصر وذلك لان وجوب القسامة على اهل المحلة ووجوب الدية على عواقلهم ثبت
بالنص بخلاف القياس والنص ورد في كل البدن واكثر البدن كل حكما وان لم
يكن كلا حقيقة فالحق اكثر البدن بالبدن في وجوب القسامة والدية
تعظيما لامر الدم وما سواه ليس بكل اصلا لا حقيقة ولا حكما فبقي على اصل القياس
فلم تجب فيه القسامة والدية ولانه اذا وجد الاقل وجرى فيه القسامة
والدية ثم اذا وجد الباقي في محلة اخرى يلزم فيه القسامة والدية ايضا لانه
اذا وجب القسامة والدية في الاقل كان وجوبها في الاكثر اولى فتكرر القسامة
والدية والتكرر فيهما ليس بمشروع بخلاف ما اذا وجبت القسامة والدية في
الاكثر او لا حيث لا تلزم القسامة والدية في الاقل ثانيا اذا وجد في محلة اخرى
لانه لا يلزم من الوجوب في الاكثر الوجوب في الاقل لان في الاكثر انما وجب
ذلك لانه في معنى الكل حكما ولم يوجد هذا المعنى في الاقل قوله تتكرر
القسامتان والديتان ه وكان ينبغي ان لا يذكرهما بلفظ التثنية لانه حينئذ
يكون اكثر من القسامتين والديتين وليس كذلك ولكنه اراد بذلك ثبوت القسامة
متكررا وثبوت الدية متكررا قوله والاصل فيه ه اي الاصل في وجوب
القسامة والدية وعدم وجوبهما اذا وجد بعض القتيل ان البعض الذي وجد اذا كان
بحال لو وجد باقي البدن تجري فيه القسامة والدية لا يجريان في الموجود اولا
وان كان الموجود اولا بحال لو وجد الباقي لا يجريان في الباقي يجريان في الموجود
اولا والمعنى في وجوبهما وعدم وجوبهما تكرر القسامة والدية وعدم تكررهما
قوله وصلاة الجنازة في هذا ه اي في وجود بعض الميت تنسحب على هذا

الأصل يعني إذا وجد الأكثر يصلى عليه وإلا فلا وإنما انسحبت على الأصل المذكور لأن
صلوة الجنازة لا تتكرر كما أن القسامة لا تتكرر قال في الفتاوى الصغرى
إذا وجد من الميت أقل من النصف وليس فيه الرأس لا يصلى عليه وهذا إشارة
إلى أنه إذا كان معه الرأس يصلى عليه ولو وجد النصف مشقوقا بنصفين مع كل نصف
نصف من الرأس لا يغسل ولا يصلى عليه ولو وجد الرأس وحده لا يصلى عليه ولو وجد
الكل إلا الرأس يصلى عليه وكذا في القسامة إذا وجد الرأس وحده في المحلة لا تجب
القسامة وإذا وجد البدن كله إلا الرأس تجب إلى هنا لفظ الفتاوى الصغرى
قوله ولو وجد فيهم جنين أو سقط ليس به أثر الضرب فلا شيء على أهل
المحلة أي لو وجد في المحلة وكان القياس لمن يقال فيهما وإنما ذكر بلفظ
العقلاء بتأويل إرادة القوم أو الجماعة أو أهل المحلة وقد ذكر هذه المسئلة تفريعا
أيضا قال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وإن وجد
فيها جنين أو سقط فليس عليهم شيء إذا لم يكن به أثر وإن كان تاما وبه أثر فهو
قتيل مطلق ظاهرا فيجري فيه القسامة والدية لأن الظاهر أن تام الخلق ينفصل
حيا فيكون قتيلا ظاهرا لوجود دليل القتل وهو الأثر ولا يقال
الظاهر يصلح حجة للدفع لا للاستحقاق ولهذا لم يجب في عين الصبي ولسانه وذكره
إذا لم تعلم صحته سوى حكومة العدل ولم يجب ما وجب في السليم منها وإن كان
الظاهر سلامتها لأنا نقول إنما لم يجب في الأطراف قبل أن تعلم الصحة ما يجب
في السليم لأن الأطراف يسلك بها مسلك الأموال وليس لها تعظيم النفوس فلم يجب
فيها قبل العلم بالصحة من القصاص والدية بخلاف الجنين فإنه نفس من وجه عضو
من وجه فإذا انفصل تام الخلق وبه أثر الضرب وجبت فيه القسامة والدية تعظيما
للنفوس لأن الظاهر أنه قتيل لوجود دلالة القتل وهو الأثر إذ الظاهر من حال

تام الخلق أن ينفصل حيا وأما إذا انفصل ميتا ولا أثر به فلا يجب فيه شيء لأن
حاله لا يفوق حال الكبير فإذا وجد الكبير ميتا ولا أثر به لا يجب فيه شيء فكذا هنا
قوله قال وإذا وجد القتيل على دابة يسوقها رجل فالدية على عاقلته دون
أهل المحلة أي قال القدوري في مختصره وقال شيخ الإسلام علاء الدين
الإسبيجابي في شرح الكافي وإذا وجد الرجل قتيلا على دابة يسوقها رجل أو يقود
أو هو راكبها فهو على الذي معه الدابة لأنه أقرب الناس إليه فيكون أقدر على صيانته
وإن وقف على حاله فإن لم يكن معها أحد فعلى أهل المحلة الذين وجد فيهم على الدابة
لا فرق بين أن يكون موضوعا على الدابة أو مطروحا على الأرض وكذلك الرجل
يحمل قتيلا فهو عليه إلى هنا لفظه ولا تفاوت بين أن تكون الدابة ملكا
للسائق أو القائد أو الراكب لأن الرواية مطلقة في الأصل والكافي للحاكم ومختصر
الطحاوي والكرخي وغيرها وذلك لأن القتيل في يده فكان أخص به من أهل المحلة
وأوردوا هنا سؤالا وجوابا فقالوا ما الفرق بين هذه المسئلة على مذهب
أبي حنيفة ومحمد حيث أوجبا القسامة والدية على السائق والقائد مالكا كان
للدابة أو لم يكن وفي القتيل إذا وجد في الدار لم يوجبا القسامة والدية على السكان
بل على الملاك فأجابوا أولا بطريق المنع وثانيا بطريق التسليم أما الأول
فقالوا لا نسلم أن القسامة والدية لا تجب على مالك الدابة مطلقا بل تجب عليه
إذا كان مالك الدابة معروفا وإنما وقع جواب صاحب الكتاب هكذا فيما
إذا لم يكن المالك معروفا ولكنه يعرف ذلك بقول السائق والقائد فإنه إذا لم يكن
المالك معروفا فالظاهر أنه هو المالك لأن اليد دليل الملك ولا يسمع قوله في
دعواه أن الملك لغيره كما في الدار أيضا إذا لم يكن مالكها معروفا لا يعرف ذلك
إلا بقول ذي اليد لا يسمع ذلك منه بل تجب القسامة والدية على ذي اليد فلم يبق

اذن فرق بين الدابة والدار وهذا قول بعض المشايخ ه واما الثاني فقالوا
انما كان الجواب في الدابة مطلقا على السايق والقايد لان العبرة في هذا الباب
للتصرف والتدبير فان ذلك في الدابة لمن في يده الدابة فيكون القسامة والدية
على من في يده الدابة فان يد المالك تنقطع عن الدابة بالاجارة والانفلات عن
يده بخلاف الدار فان يد المالك وتدبيره فيها لا يزول بالاجارة ولهذا
تبقى مؤنة الدار على مالكها كما كانت فكانت القسامة والدية على المالك فظهر
الفرق **قوله** وان مرت دابة بين قريتين وعليها قتيل فهو اقربهما
ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير واذا كان على الدابة قتيل وهو يمر بين القريتين
كان على اقربهما قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا وجد القتيل بين القريتين
او سكتين فانه يقاس فايهما كان اقرب كان عليهم القسامة والدية والاصل
في ذلك ما روي عن عمر رضي الله عنه انه كتب اليه في قتيل وجد بين وادعة
وارحب فكتب ان يقاس بين القريتين فوجد الى وادعة اقرب فقضى عليهم بالقسامة
والدية وقد مر حديث عمر رضي الله عنه في مسألة اول الباب قالوا وهذا
اذا كان بحال يسمع الصوت منه لانه اذا قتل في موضع يسمعون صوته لو استغاث
يلزمهم الغوث والنصرة فاذا تركوا النصرة مع امكان النصرة ينسبوا الى التقصير فصاروا
كانهم قتلوه تقديرا فيلزمهم القسامة والدية بخلاف ما اذا لم يكن يسمع الصوت
منه حيث لا يجب عليهم النصرة لعدم القدرة على النصرة لان القدرة لا تتحقق بلا
علم فلا يجعلون قاتلين تقديرا لعدم نسبتهم الى التقصير فلا يجب عليهم القسامة
والدية ولا يجب شي على احد **قوله** بين وادعة وارحب ه هما حيان
من همدان منه قول الكميت ه في الهاشميات في امر الخلافة
يقولون لم يورث ولولا تراثه لقد شركت فيه بكيل وارحب

وبكيل حي من همدان ايضا يقول لولا ان الخلافة موروثة لاشترك الناس كلهم
فيها **قوله** قال وان وجد القتيل في دار انسان فالقسامة عليه ه اي
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه والدية على عاقلته وذلك لان صاحب الدار
اخص بنصرة الدار من اهل المحلة فصار مع اهل المحلة بمنزلة المحلة مع اهل المصر — اهل
فكما لا يدخل اهل المصر مع اهل المحلة كذلك لا يدخل اهل المحلة مع صاحب الدار في
القسامة ه واما وجوب الدية على عاقلته فلان الدية تجب لاجل النصرة ونصرة
صاحب الدار على عاقلته كذا في شرح ابي نصر وقال القدوري في كتاب
التقريب قال في الاصل اذا وجد القتيل في دار لرجل اشتراها فالقسامة تجب عليه
وعلى قومه الدية وفي اختلاف زفر ويعقوب ان القسامة تجب عليه وعلى عاقلته
وقال ابو يوسف ليس على عاقلته قسامة قال وكان ابو الحسن يقول هذا
على وجهين ان كانت عاقلته حاضرة دخلت في القسامة وان كانت غايبة لم تدخل ه
اما اذا كانت حاضرة فلان التهمة موجودة في جميعهم والقاتل يجوز ان يكون
فيهم فصاروا كاهل المحلة واما اذا كانت غايبة فلا تهمة تلحقهم فلم يجز دخولهم في
القسامة وليس كذلك الدية لانها تجب للنصرة وذلك موجود في الغيبة وجه
الرواية الاخرى انهم لما دخلوا في الدية مع الغيبة فكذلك في القسامة كالحاضرين
كذا في التقريب **قوله** قال ولا يدخل السكان مع الملاك في القسامة
عند ابي حنيفة ه اي قال القدوري في مختصره وهذا قول محمد ايضا وقول
ابي يوسف وقال ابن ابي ليلى القسامة والدية عليهم جميعا وهو قول
ابي يوسف آخرا كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
وقول محمد فيما ذكره الثقات كالطحاوي وغيره مع ابي حنيفة ولا ادري ان
صاحب النافع كيف جعل قوله مع ابي يوسف قال الطحاوي في مختصره والقسامة

على اهل الخطة لا على السكان ولا على المشترين الا ان لا يبقى احد من اهل الخطة
فتكون القسامة والدية على الذين تحول ملكها اليهم وهذا قول ابي حنيفة ومحمد
وقد روى اصحاب الاملاء عن ابي يوسف ان القسامة والدية على السكان
على السكان دون المالكين الى هنا لفظ الطحاوي وقال القدوري في
كتاب التقريب واما الملاك والسكان فقال ابو حنيفة ومحمد الدية على الملاك
وقال ابو يوسف عليهما لهما ان المالك اخص بالنصرة من الساكن الا ترى
ان المالك يقصد صيانة محليه والسكان تكون فيها في وقت وتنتقل الى آخر في
وقت آخر فاذا لم يوجد في الساكن معنى النصرة لم يلزمه العقل ولا يلزم ان
القتيل اذا وجد في سفينة ان القتيل على من فيها من مالك ولا راكب لان السفينة
تنقل وتحول فضمان الدية فيها بثبوت اليد لا بالنصرة كالدابة اذا وجد عليها قتيل
ولهذا لزم الدية العقل وان لم يكن في السفينة كما لزم سائق الدابة وقائدها
ولابي يوسف ان النبي صلى الله عليه وسلم الزم اهل خيبر دية عبد الله بن
سهل وقد كانوا سكانا بخيبر لان خيبر كانت للمسلمين لانهم افتتحوها وكانت
اليهود عمالهم فيها فلما وجد فيها القتيل جعل رسول الله صلى الله عليه وسلم القسامة
فيه على اليهود السكان لا على المالكين والجواب عن ذلك ان الطحاوي
روى باسناده الى سليمن بن بلال عن يحيى بن سعيد ان خيبر كانت يومئذ صلحا فاذا
ثبت ذلك كانت خيبر ملكا لليهود فنقول ان القتيل كان قبل الفتح ولئن
سلمنا انه كان بعد الفتح فنقول ان اليهود كان لهم املاك ولهذا اقرهم
عمر رضي الله عنه لما اجلاهم كذا قال القدوري في التقريب بيانه انه عليه
السلام اقرهم على املاكهم وكان ما ياخذه منهم على وجه الخراج قوله وهو عليهم
اي القسامة على السكان والملاك جميعا وانما ذكر الضمير الراجع الى المؤنث على تاويل

القسم او الحلف واراد بالسكان من يسكن الدار بالاجارة او الاستعارة قوله
لان ولاية التدبير كما تكون بالسكنى تكون بالملك وحق الكلام ان يقال لان ولاية
التدبير كما تكون بالملك تكون بالسكنى لان في الملك اتفاقا فينبغي ان تقاس السكنى عليه
قوله قال وهي على اهل الخطة دون المشترين اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه وان بقي واحد منهم فكذلك وقال القدوري في كتاب التقريب
قال في الاصل ولو وجد القتيل في القبيلة بالكوفة وفيها سكان واهل الخطة
ومشترون فالدية على اهل الخطة في قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف عليهم جميعا
وروى بشر بن الوليد عن ابي يوسف مثل قول ابي حنيفة الى هنا لفظ التقريب
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وقال ابن ابي ليلى
الدية على السكان والمشترين واهل الخطة سواء وهو قول ابي يوسف الآخر
لهما ان اهل المحلة تلزمهم الدية لاجل النصرة ونصرة اهل الخطة غير نصرة
المشترين فاذا بقي منهم من يدخل في العقل لم يضم اليهم نوع آخر كما لا يضم اهل الديوان
الى اهل القبيلة وعاقلة الام الى عاقلة الاب ولا يلزم اذا قل عدد القبيلة
انه يضم اليها اقرب القبائل لان ذلك من جنس واحد الا ترى ان جميعهم بنو
اعمام ولان اهل الخطة اخص بالنصرة من المشترين وما كان اخص فهو اولى
والحاصل ان وجود القتيل في المحلة يوجب الدية على اهل المحلة بعد القسامة
على صالحي اهل المحلة وهذا حكم منقول عن رسول الله صلى الله عليه وسلم
واصحابه رضي الله عنهم وعليه اجماع الامة فان كان في المحلة اصحاب الخطة فذلك
عليهم لان القتيل ينسب اليهم لتقصيرهم في الحفظ والحفظ والراي والتدبير الى اهل
الخطة فعليهم مؤنته فان باع اصحاب الخطة كلهم انتقل الراي والتدبير والحفظ الى
المشترين فنزلوا منزلتهم فان بقي من اهل الخطة واحد فذلك عليه خاصة لان الراي .

والتدبير والحفظ الى المشترين اليه في العادات ولانه هو الاصل والمشتري بمنزلة الخلف عنه فلا يعتبر الخلف مادام شيء من الاصل قايما ولابي يوسف انهم تساووا في الملك والتصرف فوجب ان يتساووا في العقل وهذا ليس بصحيح لان الملك موجود للمراة والصبي والمجنون والتصرف موجود للمكاتب فلا تحمل عليهم فدلت على ان المعتبر النصرة دون ما ذكره كذا في التقريب ه والخطة المكان المختط لبناء دار وغير ذلك من العمارات والمراد من اهل الخطة اصحاب الاملاك القديمة الذين كانوا تملكوها حين فتح الامام البلدة وقسمها بين الغانمين بخط خطه لتمييز انصبايهم وفي بعض النسخ وهو على اهل الخطة بيان المذكور او وجوب القسامة والدية اي القسامة واجبة عليهم والدية على عواقلهم قوله والولاية ه اي ولاية الحفظ قوله وقد استووا فيه ه اي استوى اهل الخطة والمشتري في الملك لانهم مالكون جميعا ولهذا اذا تحول الملك من اهل الخطة جميعا ولم يبق واحد منهم مالكا كان القسامة على المشترين قوله ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة هو المتعارف يعني ان وجوب القسامة والدية باعتبار انهم نسبوا الى التقصير بترك النصرة وترك النصرة انما يكون ممن اليه الصيانة والصيانة في المحلة الى اصحاب الخطة وفي الدار الى الملاك لان اهل الخطة هم الرؤساء والاصول عادة في صيانة المحلة دون الدخيل فكان الزام موجب التقصير عليهم اولى قوله وقيل ابو حنيفة بنى ذلك على ما شاهد بالكوفة ه اي شاهد من عادة اهل الكوفة في زمانه وهو ان اصحاب الخطة في كل محلة هم الذين كانوا يقومون بتدبير المحلة وابو يوسف بنى على عادة زمانه ان التدبير الى الاشراف من اهل الخطة كانوا او لا كذا في التحفة قوله قال وان بقي واحد منهم فكذلك يعني قال القدوري ان بقي واحد من اهل الخطة فكذلك الحكم يجب القسامة عليه

والدية على عاقلته قوله لما بينا ه اشارة الى قوله ولهما ان صاحب الخطة هو المختص بنصرة البقعة والى قوله ولانه اصيل والمشتري دخيل قوله لان الولاية انتقلت اليهم ه اي الى المشترين وهذا على مذهب ابي حنيفة ومحمد لان المشترين لم يكن لهم ولاية مع وجود واحد من اهل الخطة عندهما فاذا لم يبق احد منهم بان باع كلهم انتقلت الولاية الى المشترين قوله او خلصت لهم ه وهذا على مذهب ابي يوسف لان الولاية كانت لاهل الخطة والمشترين جميعا عنده فاذا لم يبق من اهل الخطة احد خلصت الولاية للمشترين قوله لزوال من يتقدمهم يتعلق بقوله انتقلت اليهم وقوله او يزاحمهم يتعلق بقوله خلصت لهم لفا ونشرا قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي واذا باع اهل الخطة جميعا حتى لا يبق منهم احد ثم وجد قتيل في سكة من سككهم او في مسجد من مساجدهم فالقسامة والدية على المشترين لانهم نزلوا منزلة اصحاب الخطة عند عدمهم وان وجد في دار واحد من المشترين فهو عليه وعلى عاقلته لما ذكرنا ان رب الدار نسب الى التقصير بترك النصرة قوله واذا وجد قتيل في الدار فالقسامة على رب الدار يكرر عليه الايمان وهذا عند ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا قسامة على العاقلة وقد مر قبل هذا ببيان ان القسامة على رب الدار والدية على قومه اذا وجد القتيل في دار انسان واما ذكر المسئلة هنا لان كلامه وقع فيما اذا وجد القتيل في المحلة وفيها اهل الخطة ومشترون فاوجب القسامة والدية على اهل الخطة لا على المشترين عند ابي حنيفة ومحمد خلافا لابي يوسف فاذا لم يبق واحد منهم فحينئذ اوجب ذلك على المشترين اذا وجد في المحلة ثم جر كلامه الى بيان ان القتيل اذا وجد في دار واحد ولم يبق واحد من اهل الخطة فاطلقه فبين ذلك بما ذكره وتمام البيان والتفصيل في المسئلة بما رويناه عن التقريب قبل هذا عند قوله وان وجد القتيل في دار انسان

فالقسامة عليه قوله لأن رب الدار أخص به من غيره وتذكير الضمير
فيه على تأويل الموضع قوله الحضور أي القوم الحضور وهم جمع حاضر
لأن فاعلا إذا كان صفة يجوز جمعه على فعول كقعود في جمع قاعد قوله
قال وإن وجد القتيل في دار مشتركة نصفها لرجل وعشرها لرجل وللآخر ما بقي
فهو على رؤوس الرجال ه أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن
يعقوب عن أبي حنيفة في الدار يكون لثلاثة نفر لواحد نصفها وللآخر عشرها لواحد
وللآخر ما بقي منها فوجد فيها قتيل قال العقل على رؤوس الرجال إلى هنا لفظ
محمد في أصل الجامع الصغير وهي من الخواص وذلك لأن هذا الحكم مضاف إلى
الولاية بالحفظ والتدبير وصاحب القليل وصاحب الكثير سواء في هذا المعنى فكانوا
سواء في النسبة إلى التقصير فيكون الغرم وهو العقل على عدد الرؤوس لا على عدد
الأنصباء كما يكون الغنم وهو وجوب الشفعة على عدد الرؤوس ولأن القتيل
إذا وجد في الدار جعل أصحاب الدار كأنهم جنوا عليه والنفس تقسم على عدد الجناة ولا
يعتبر بمقدار الجنايات فيكون المعتبر عدد الرؤوس قوله قال ومن اشترى
دارا فلم يقبضها حتى وجد فيها قتيل فهو على عاقلة البائع فإن كان في البيع خيار
لأحدهما فهو على عاقلة الذي في يده ه أي قال في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يشتري الدار فلا يقبضها حتى يوجد
فيها قتيل وليس في الشراء خيار فالدية على عاقلة البائع وكذلك إن كان في
البيع خيار لأحدهما فالدية على عاقلة الذي الدار في يديه وقال أبو يوسف
ومحمد إن لم يكن في الشراء خيار فإن الدية على عاقلة المشتري وإن كان فيه خيار فإن
الدية على عاقلة التي تصير الدار له إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير والحاصل
أن المعتبر لوجوب الدية هو اليد عند أبي حنيفة وعندهما المعتبر هو الملك

فقال أبو حنيفة الدية على عاقلة الذي في يديه الدار سواء كان في البيع خيار أو لم يكن
وفي قول صاحبيه إن كان الشراء باتا فالدية على عاقلة المشتري سواء كانت
الدار في يده أو في يد البائع وإن كان في الشراء خيار فالدية على الذي تكون
الدار في يده وجه قولهما أن هذا حق يجب لأجل الدار فوجب أن يعتبر فيه له
مالك الدار فيكون على مالك الدار وعلى من يتقرر الملك له ولأن القسامة
تجب على المشتري لأن الغنم للمشتري وهو وجوب الشفعة فوجب أن يكون الغرم
عليه وهو العقل لأن الخراج بالضمان وأما إذا كان في البيع خيار فوجوب
الجناية موقوف لأن حصول الملك موقوف فوجب أن يتوقف وجوب الجناية كما
توقف الملك كما في صدقة الفطر إنها في العبد على من يحصل له الملك فيه ووجه
قول أبي حنيفة أن القدرة على الحفظ تحصل باليد لا بالملك إلا أن الملك
سبب اليد فإذا وجد الملك لأحدهما واليد للآخر كان اعتبار اليد أولى ولأن
وجود القتيل يوجب الضمان فوجب أن يجب على من كانت الدار في ضمانه لأن التي
في ضمانه في حكم الجناية كالمالك ألا ترى أن عبدا لو كان في ضمان رجل
وجنى جناية يكون حامل الضمان على الذي العبد في ضمانه فكذلك هنا وهذا
على أصله مستقيم لأن من أصله أنه يجعل الذي في ضمانه في حكم الجناية كالمالك
من جميع الوجوه ألا ترى أنه قال في رجل غصب عبدا يكون العبد في
جنايته كالمالك حتى أن العبد لو جنى في مال المغصوب يكون هدرا ولو جنى على مولاه
فيه نكتة تكون معتبرا فكذلك قال أبو الليث وقال القدوري في كتاب التقريب
وقال زفر الدية على المشتري قبض الدار أو أجاز العقد وإن كان الخيار للبائع
فالدية عليه اختار أو فسخ لأنه اعتبر من يملك الدار عند ظهور القتل فإن كان
الخيار للبائع فالملك له وإن كان للمشتري فالملك له والفسخ بعد ذلك أو الإجازة

يتعلق به الملك فيصير كالبيع المستأنف والجواب عن قياسهما حيث لا عقل عليه
لعدم الملك فكذا البائع لم يبق له ملك بعد البيع فنقول هذا الضمان ضمان ترك
الحفظ والقدرة على الحفظ باليد فيكون القادر على الحفظ من له يد اصالة ويد
المودع يد نيابة فصار كيد الغاصب والمستعير والمستاجر ولا يقال
اي نيابة في الغاصب قلنا كلامنا في الدار والغصب في العقار لا يتحقق على
مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فصار يده كيد امانة ولا يقال يرد عليكم
الرهن حيث لا يجب عليه العقل وان كان له يد اذا وجد القتيل في الدار
المرهونة بل يجب على المالك لانا نقول عن الرهن امانة ان كانت ماليته
مضمونة فصار يده في الدار كيد المودع يد نيابة على انا نقول قالوا لا رواية
فيه **قوله** فهو في يده مضمون عليه اي المبيع وهو الدار في يد المشتري مضمون
على المشتري بالقيمة كما في المغصوب فانه مضمون بالقيمة فتعتبر يد المشتري فتكون
الدية على عاقلة المشتري الذي في يده الدار لان القدرة على الحفظ باليد **قوله**
اذ به اي وفي بعض النسخ بها اي باليد وتذكير الضمير على تاويل العضو **قوله**
قال ومن كان في يده دار فوجد فيها قتيل لم تعقله العاقلة حتى يشهد الشهود
انها للذي في يده وصورتها في اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه في الدار في يد الرجل فوجد فيها قتيل قال لا تعقله العاقلة حتى يشهد
الشهود انها له قال فخر الاسلام البزدوي في شرحه يريد اذا انكرت
العاقلة ان تكون الدار له وقالوا هي وديعة في يدك فالقول قولهم الا ان تقيم
بينة على الملك لما عرف ان الظاهر حجة للدفع لا للاستحقاق وقد احتجنا الى
الاستحقاق هاهنا فوجب اثباته بالبينة كمن طلب شفعة بالجوار في دار
بيعت فانكر المشتري الدار التي في يد المدعي ملكا له فانه لا يستحق الشفعة بيده على ما

حتى يقيم البينة على الملك فكذلك هاهنا ولا يلزم ابا حنيفة انه تعتبر اليد في
استحقاق الدية حتى قال في الدار المبيعة في يد البائع يوجد فيها قتيل ان الدية
تجب على عاقلة البائع لانه يعتبر يد الملك لا مجرد اليد فلم يثبت هنا يد الملك الا بالبينة
وهذه المسألة من خواص الجامع الصغير **قوله** قال وان وجد قتيل في سفينة
فالقسامة على من فيها من الركاب والملاحين اي قال القدوري في مختصره
وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو وجد القتيل
في سفينة فالقسامة على الذين في السفينة من الركاب وغيرهم من الذين هم فيها
والدية عليهم ولا يجب على صاحب السفينة بخلاف ما اذا وجد القتيل في دار وفيها
سكان فانه تجب القسامة على صاحب الدار والدية على عاقلته لان ثمة صاحب
الدار قادر على صيانته لقربه منها اذا كان في ذلك المصر واصحاب السفينة لا
يقدرون على صيانته لبعدهم من السفينة الا ترى انه لا يدري اين هي فكيف
يقدر على صيانته ما لا يقف عليه بخلاف الدار حتى لو كان صاحب السفينة معهم
ينبغي ان تجب عليه كما في الدار كذا في شرح الكافي وقال صاحب الهداية
وهذا على ما روي عن ابي يوسف ظاهر اي وجوب القسامة على من في السفينة
من الركاب والملاحين على ما روي عن ابي يوسف انه اوجب القسامة على السكان
والملاك في قتيل وجد في الدار وهما لم يوجباها على السكان وفي مسألة
السفينة اوجباها على من فيها سواء كان مالكا للسفينة او راكبا فيها وذلك
لان السفينة في ايديهم فكان من فيها احق بها من غيرهم فكان ظاهرا على رواية
ابي يوسف وانما فرقا بين مسألة الدار ومسألة السفينة والفرق ان السفينة
مما ينقل ويحول فاعتبر فيها اليد دون الملك فكان ضمان الدية فيها بثبوت
اليد لا بالنصرة كالدابة اذا وجد عليها قتيل يلزم العقل سائقها وقائدها الا ترى

انه يلزم الذاد وان لم يجر في السفينة بخلاف الدار والمحلة لانها لا تنقل ولا
تحول فاعتبر فيها الملك لان مالك الدار اخص بالنصرة من الساكن وقد مر الفرق
مرة عند قوله ولا يدخل السكان مع الملاك قوله واللفظ يشمل اربابها
اي لفظ القدوري وهو قوله على من فيها يشمل بعمومه ارباب السفينة اذا كانوا
فيها وقال شيخ الاسلام خواهر زاده قال بعض المشايخ انما يجب على الركاب
اذا لم يكن للسفينة مالك معروف فاذا كان مالك معروف فان القسامة
تجب على مالك السفينة ومنهم من يقول تجب في الحالين على الذين كانت
السفينة في ايديهم ومثل هذا التفصيل مر في الدابة قوله المالك في
ذلك وغير المالك سواء ه اي مالك السفينة في وجوب القسامة على من فيها
وغير مالكها سواء وكذلك الحكم في العجلة اذا وجد فيها قتيل تجب القسامة
والدية على من فيها من مالك العجلة وغيره قوله قال وان وجد في
مسجد محلة فالقسامة على اهلها ه اي قال القدوري في مختصره وذلك لانهم
اخص بالتصرف فيه وبنصرته من غيرهم فكان وجود القتيل فيه كوجوده في محلتهم
قوله وان وجد في المسجد الجامع او الشارع الاعظم فلا قسامة فيه والدية
على بيت المال هذا لفظ القدوري ايضا وذلك لان هذه المواضع لا تختص
بها طايفة من المسلمين بل يتعلق بها حق جماعتهم فما وجب لاجلها يكون في بيت
المال وكذلك الحكم في مسجد جماعة يكون لعامة المسلمين في السوق الشتري
الى ما قال في شرح الكافي ولو وجد في سوق المسلمين او في مسجد جماعتهم
فهو على بيت المال لان هذا امر يقع في الليالي عادة ولا يكون في السوق احد في
الليالي ولا في مسجد جماعتهم حتى يكون محفوظا بحفظهم وهذا موضع من البصر
والنظر محفوظ بحفظ السلطان او عامة الناس فتكون الدية في مال بيت المال

المال ولا قسامة فيه لان القسامة انما تجري في موضع يعرف قاتله او يتوهم
وجود من يعرف قاتله وهذا لا يكون في سوق المسلمين واراد به سوقا نائيا
عن المحال اما الاسواق التي تكون في المحال فمحفوظة بحفظ اهل المحلة فتكون
القسامة والدية عليهم وكذا اذا كان في السوق النائي عن المحال من يسكنها
في الليالي او كان لاحد فيها دار مملوكة تكون القسامة والدية عليه
لانه يلزمه صيانة ذلك الموضع وان كان في دار رجل خاصة في السوق فعلى عاقلته
الدية والقسامة لانه داخل تحت صيانته فيكون الموصوف بالتقصير هو
فيجب موجب التقصير عليه كذا في شرح الكافي وقال في شرح الطحاوي
ولو وجد الرجل قتيلا في سوق المسلمين او في المسجد الجامع فالدية على بيت المال وليس
فيه قسامة كذا ذكر محمد في الاصل ه وهكذا ذكر الطحاوي ايضا وفسره
الكرخي فقال انما تكون الدية على بيت المال اذا وجد في التي هي للامام او لجماعة
المسلمين واما اذا كان ملكا خاصا فيجب على اربابها القسامة وعلى عاقلتهم
الدية ولو وجد في دار الوقف او في الارض الموقوفة فان كان لقوم معلومين
فالقسامة والدية على الارباب ولو كان الوقف على المسجد فهو كما لو وجد في
المسجد فيجب على اهل المحلة القسامة والدية الى هنا لفظ شرح الطحاوي قوله
وكذلك الجسور العامة ه يعني اذا وجد القتيل فيها تكون الدية على بيت المال
ولا قسامة فيه كما اذا وجد في الشارع الاعظم قوله كالشوارع
العامة التي بنيت فيها ه اي بنيت السوق في الشوارع العامة ومعنى قوله
فعند ابي يوسف تجب على السكان ه اي تجب القسامة على من في السوق المملوكة
سواء كانوا ملاكا او غير ملاك على ما عرف من مذهبه ه والشارع هو
الطريق الذي يشرع فيه الناس على الاسناد المجازي او هو من قولهم شرع الطريق

كذا في المغرب قوله ولو وجد في السجن فالدية على بيت المال وعلى قول
ابي يوسف الدية والقسامة على اهل السجن ذكره تفريعا على مسئلة المختصر
قال الكرخي في مختصره قال ابو حنيفة في القتيل يوجد في السجن لا يعرف
من قتله الدية على بيت المال وقال ابو يوسف على اهل السجن القسامة والدية
الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله ثم ذكر الكرخي قول محمد مع ابي حنيفة
وكذا القدوري ذكر قوله مع ابي حنيفة في كتاب التقريب فقال قال ابو حنيفة ومحمد
اذا وجد القتيل في السجن فالدية على بيت المال وقال ابو يوسف على اهل السجن لهما
ان يد الامام ثابتة على السجن فيلزمه نصرته ومن فيه لا نصرة له ولا تصرف وانما
هو مقهور فلا يتعلق به حكم وما يلزم الامام يكون في بيت المال ولان
السجن لمصالح المسلمين كالجوامع فغنمه لهم فكذا غرمه عليهم ولابي يوسف
ان الظاهر ان القتل حصل من اهل السجن فوجب ان يختص الضمان بهم قال
القدوري وهذا على اصله في اعتبار الساكن دون المالك وهذا معنى قول
صاحب الهداية قالوا وهذه فريعة المالك والساكن قوله بني اي السجن
قوله فاذا كان غنمه يعود اليهم فغرمه يرجع عليهم اي اذا كان غنم
السجن وهو نفعه يعود الى المسلمين فغرم السجن يرجع على المسلمين ايضا لان
الغرم بالغنم قوله قال وان وجد في برية ليس بقربها عمارة فهو هدر
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان هذه البقعة ليس لاحد عليها يد
ولا هو اخص بها فلم يتعلق به حكم فاما اذا كان بقربها عمارة مصر او قرية
فعليهم القسامة والدية واعتبروا في القرب ان يكون بحيث يسمع منه الصوت
لان الصوت اذا سمع منه فالغوث يلحق تلك البقعة من العمارة في الغالب فيلحق
بها الحكم لانه ينسب حينئذ اهل العمارة الى التقصير وان لم يبلغ الصوت لا يلحق

الغوث فلا يجب شيء لعدم نسبة التقصير وقال الكرخي في مختصره قال
محمد واذا وجد القتيل في فلاة من الارض نظر في ذلك المكان فان كان ملكا
لانسان فالقسامة على ذلك الرجل الذي يملك ذلك الموضع وعلى قبيلته وعليهم
الدية وان كان ذلك الموضع لا مالك له وكان موضعا يسمع فيه الصوت
من مصر من الامصار فعلى اقرب القبائل الى ذلك الموضع من المصر القسامة والدية
وان كان ذلك الموضع لا يسمع فيه الصوت وليس بملك لاحد فان دمه هدر
قوله وان وجد بين قريتين كان على اقربهما هذا لفظ القدوري
واشار بقوله وقد بيناه الى ما ذكر عند قوله وان مرت دابة بين قريتين وعليها
قتيل ولكن هذا محمول على ما اذا كان يبلغ الصوت اليه قوله وان
وجد في وسط الفرات يمر به الماء فهو هدر وهذا لفظ القدوري في مختصره
وقال الكرخي في مختصره واذا وجد القتيل في نهر جار صغير مما يستحق فيه
بالشفعة للشريك فعلى عاقلة ارباب النهر ثم قال فيه بعد صفحة وان وجد
في مثل الفرات او دجلة تجري به فلا قسامة فيه ولا دية على احد وان وجد محتبسا
في موضع من دجلة او الفرات فعلى اقرب القرى من ذلك الموضع من حيث يسمع الصوت
القسامة والدية الى هنا لفظ الكرخي فعن هذا عرفت ان قيد الفرات
في مختصر القدوري احتراز عن نهر صغير وكذا قيد الوسط احتراز عن ان يكون
محتبسا في شط الفرات وقال في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
في القتيل يمر في الفرات قال ليس على احد شيء واذا كان على الدابة قتيل وهو
يمر بين القريتين كان على اقربهما الى هنا لفظ محمد رحمه الله واصله ان
القسامة والدية انما شرعت على جماعة نسبوا الى التقصير فيما لزمهم من الحفظ وليس
الفرات بمحفوظ في ولاية احد ولا يلزم حفظه احدا بل هو بمنزلة المفازة التي لا تدخل

في ولاية احد فلم تستقم نسبته الى احد فوجب ان يكون هدرا فاما الدابة فلا تنفك
عن الولاية والحفظ وما بين القريتين منسوب الى اهليهما لا محالة وعلى اهل
القرية حفظه فاذا وجد قتيل على الدابة في حدودهم نسب ذلك الى تقصيرهم فيما
لزمهم وانما وجب ان يجعل على اقربهما لما روي عن عمر رضي الله عنه انه
حكم كذلك في قتيل وجد بين وادعة وارحب فجعل ذلك على وادعة لقربها ه
وقال شيخ الاسلام خواهرزاده في شرحه للاصل هذا اذا كان موضع
انبعاث الماء في دار الشرك لانه اذا كان كذلك فلعل هذا قتيل دار الشرك واما
اذا كان موضع انبعاث الماء في دار الاسلام تجب الدية في بيت المال لان موضع
انبعاث الماء في يد المسلمين فسواء كان قتيل مكان الانبعاث او مكان آخر دون
ذلك فهو قتيل المسلمين فتجب الدية في بيت المال فاقول هذا الذي ذكره
خواهرزاده ليس بشيء لانه خلاف ما نص عليه محمد في الاصل والجامع الصغير
حيث اهدر الدم ولم يوجب شيئا في قتيل يمر به الفرات وكذلك روى الطحاوي
والكرخي في مختصريهما ولم يعتبروا موضع انبعاث الماء اصلا ولان
القسامة والدية انما يجبان حيث يجبان على الجماعة لنسبة التقصير اليهم فيما
لزمهم من الحفظ وليس الفرات وسطه في ولاية احد فلم يكن حفظه لازما على
احد فلم يستقم نسبة التقصير الى احد فصار كالمفازة البعيدة التي لا يسمع الصوت فيها
ولا يلتفت اذن الى موضع انبعاث الماء ولو كان يكون موضع انبعاث الماء في دار
الاسلام اثر في وجوب الدية لانه قتيل المسلمين لوجب الدية اذا وجد القتيل في دار
الاسلام في المفازة البعيدة لانه قتيل المسلمين لا محالة فلما لم تجب الدية في المفازة
لانها ليست في ولاية احد فكذا لا تجب في الفرات لانه ليس في ولاية احد فافهم
قوله وان كان محتبسا بالشاطئ فهو اقرب القرى من ذلك المكان

وهذا لفظ القدوري في مختصره ه يريد به انه اذا كان يسمع الصوت من القرى
وهذا معنى قوله على التفسير الذي تقدم وذلك لان شط الفرات في بعض يقرب
منه الاشتري انهم يستقون منه الماء ويوردون به دوابهم فيه واذا كان
في ايديهم كانوا اخص به فلزمهم القسامة والدية قوله بها بينهم ههنا ه
اي في الشط وانث الضمير على تاويل الناحية قوله بخلاف النهر الذي
يستحق به الشفعة ه يتعلق بقوله فهو هدر يعني اذا وجد القتيل في النهر الصغير تجب
فيه القسامة والدية على عاقلة ارباب النهر ولا يكون هدرا لنسبة التقصير
اليهم لانه في ايديهم قوله قال وان ادعى الولي على واحد من اهل المحلة
بعينه لم تسقط القسامة عنهم ه اي قال القدوري في مختصره وسقوط
القسامة هو القياس وهو رواية ابن المبارك عن ابي حنيفة وروي عن
محمد مثله وفي الاستحسان لا تسقط وهو رواية الاصل لانا قد علمنا ان
القاتل احد اهل المحلة في الظاهر ولهذا يجب عليهم الضمان فاذا ادعى الولي
على واحد بعينه فلم يزد على ما علمناه فلا يتغير حكم القسامة بذلك ووجه
القياس ان دعواه على واحد ابراء للباقين فلم يجز استحلافهم مع ابراء الولي لهم فيجب
يمين واحدة وقد مر تمام البيان عند قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل
على جميع اهل المحلة وكذا اذا ادعى على البعض لا باعيانهم قوله وقد ذكرناه
اشار به الى ما ذكره بقوله ولو ادعى على البعض باعيانهم انه قتل وليه عمدا او خطأ
قوله قال وان ادعى على واحد من غيرهم سقط عنهم وذلك لان هذا
الحكم لا يلزم اهل المحلة بظهور القتيل الا بعد ان يدعي عليهم الولي فاذا ادعى على غيرهم
فقد نفى بدعواه القتل عن اهل المحلة فيسقط عنهم حكم ذلك وقد استوفينا البيان
عند قوله هذا الذي ذكرنا اذا ادعى الولي القتل على جميع اهل المحلة فينظر ثمة لا محالة

قوله قال واذا التقى قوم بالسيوف فاجلوا عن قتيل فهو على اهل المحلة ه
اي قال في الجامع الصغير وصورته محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي
الله عنه في قريتين التقيا بالسيوف فاجلوا عن قتيل قال هو على اهل المحلة الا ان يدعي
الاولياء على اولئك او يعرف رجل بعينه فلا يكون على اهل المحلة ولا على اولئك الا
ان يقيموا البينة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير واصل ذلك ان القتيل
اذا وجد في محلة ولم يعرف قاتله تجب القسامة والدية على اهل المحلة بحديث خيبر
الا ان يدعي الاولياء على بعض الفريقين برئ اهل المحلة من ذلك لان دعواهم على
غير اهل المحلة ابرآء لاهل المحلة فلا يثبت عليهم شي ايضا بمجرد الدعوى بدون
اقامة البينة لقوله عليه السلام البينة على المدعي واليمين على من انكر قوله
او يعرف رجل بعينه ه قال فخر الاسلام البزدوي رحمه الله يعني به في الدعوى لا
في ظهور القتل عليه واراد به الدعوى على رجل بعينه من اولئك الذين اقتتلوا لا من
اهل المحلة لانه لو كانت الدعوى على واحد من اهل المحلة لا يتضمن ذلك براءة اهل
المحلة اذا لم تقم الحجة على الرجل الذي عينوه لان القسامة تدل على ان القاتل منهم
فتعيينه منهم لا ينافيها بخلاف التعيين من غيرهم لانه ينافيها وقد مر ذلك
قبل هذا ولا يقال الظاهر ان اولئك القوم قتلوه لانا نقول
الظاهر يصلح للدفع لا للاستحقاق ه يقال اجلوا عن قتيل ه اي انكشفوا
وانفرجوا يعني ذهبوا وتركوا قتيلا قوله بين اظهرهم ه اي بينهم والظهر
مقحم كما في قوله عليه السلام لا صدقة الا عن ظهر غنى قال في الفائق
اقام فلان بين اظهر قومه وظهرانيهم ه اي اقام بينهم واقحام الاظهر وهو جمع ظهر
على معنى ان اقامته فيهم على سبيل الاستظهار بهم والاستناد اليهم واما ظهرانيهم فقد
زيدت فيه الالف والنون على ظهر عند التثنية للتاكيد وكان معنى التثنية ان ظهرا

منهم قدامه واخر وراءه فهو مكنوف من جانبيه هذا اصله ثم كثر حتى استعمل
في الاقامة بين القوم مطلقا وان لم يكن مكنوفا ذكره في الالف مع الزاي قوله
اوايل
للحديث الذي رويناه ه اشار به الى ما ذكره في باب القسامة بقوله البينة
على المدعي واليمين على من انكر ولو وجد قتيل في معسكر اقاموا
بفلاة من الارض لا ملك لاحد فيها فان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكنها
القسامة والدية وان كان خارجا من الفسطاط فعلى اقرب الاخبية وهذه
من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسئلة المختصر يقال عسكر يعسكر عسكرا
اذا هيأ العسكر كذا في ديوان الادب والعسكر هو الجند وكان من حق
الكلام ان يقال في عسكر اقاموا بفلاة اي نزلوا وسكنوا بها لان المعسكر بفتح
الكاف منزل العسكر الا ان يقال اراد به العسكر انهيا ه ولفظ
الكرخي وقال محمد في قتيل يوجد في العسكر في فلاة من الارض ليس في ملك احد
انه ان وجد في خباء او فسطاط فعلى من يسكن ذلك الخباء او الفسطاط القسامة
والدية على عواقلهم وان وجد خارجا من الخباء والفسطاط فعلى اقرب الاخبية
منه القسامة والدية الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وجملة الكلام فيه
ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا وجد القتيل
في العسكر والعسكر في ارض فلاة فهو على القبيلة الذين وجد في رحالهم لانهم
اذا نزلوا في فلاة صار كل قبيلة كمحلة على حدة فيكون صيانة ذلك الموضع عليهم
مطر
هذا اذا نزلوا قبيلة قبيلة اما اذا نزلوا مختلطين يجب على اقرب اهل الاخبية
ن
اليه على من في الخباء جميعا لانه يصير كدور متفرقة ليس في موضع قوم مجتمعين وان كان
العسكر في ملك رجل فعلى عاقلة رب الارض القسامة والدية لان صاحب الملك
اقدر على الصيانة بمنزلة دار مملوك لرجل وفيها ساكن وان كان العسكر في فلاة من

الارض فوجد قتيل في فسطاط رجل فعليه القسامة يكرر عليه الايمان وعلى عاقلته
الدية لانه بمنزلة دار وجد فيها قتيل في المحلة فان القسامة تجب على صاحب الدار
والدية على عاقلته لان امر الصيانة اليه فكذا هنا ولو وجد القتيل بين القبيلتين
من العسكر فعليهما جميعا القسامة والدية ان كان القتيل اليهما سواء لانهما
في تدبير الصيانة على السواء بمنزلة قتيل بين المحلتين وان كان اهل العسكر
قد لقوا عدوهم فلا قسامة في القتيل لان الظاهر انه من قتيل العدو وكذا في شرح
الكافي ه والخباء الخيمة من الصوف ه والفسطاط الخيمة العظيمة قال
ابن الجني في شرحه لديوان المتنبي في قافية النون اخبرني ابو بكر محمد بن الحسن عن
ابي العباس احمد بن يحيى قال قال لي يعقوب قال ابن الكلبي بيوت العرب ستة
قبة من ادم ه ومظلة من شعر ه وخباء من صوف وبجاد من وبر وخيمة من شجر
وقنة واقنة من حجر **قوله** وان كان القوم لقوا قتالا لا فقاتلوا قتالا
ووجد قتيل بين اظهرهم فلا قسامة ولا دية وهذه المسئلة ذكرت تفريعا على مسئلة المختصر
ايضا وهي من مسائل الاصل وقال الكرخي في مختصره وان كان القوم
قد لقوا قتالا فقاتلوا فلا قسامة ولا دية في قتيل وجد بين اظهرهم وكذلك روى
بشر عن ابي يوسف قال ابو حنيفة اذا وجد القتيل في عسكر المسلمين بعد ما لقوا عدوهم
فكان بينهم قتال لا قسامة فيه ولا دية وكذلك قال ابو يوسف وقال هذا من قتل
العدو واذا لم يكن لقوا عدوا ولا قتالا فان ابا حنيفة قال في ذلك هو على ارباب
الارض التي فيها العسكر فان لم يكن لها مالك فعلى عاقلة اقرب الاخبية والفساطيط
اليه القسامة والدية الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله **قوله** قتالا لان فيه
وجوه يحتمل ان يكون مفعولا به على ارادة معنى المصدر كقولهم لقي فلان في مجلس
الامير الضرب والاكرام اذا حصل له ذلك ه اي حصل لهم القتال من العدو ويحتمل

ان يكون حالا من ضمير الجمع على ارادة اسم الفاعل من المصدر اي مقاتلين يعني لقوا
العدو مقاتلين والمفعول به محذوف ويحتمل ان يقع قتالا بمعنى مقاتلين مفعولا
به ايضا صفة لمحذوف فاقيم مقامه اي لقوا عدوا مقاتلين فقاتلوا مقاتلة ويجوز
ان يقع تمييزا ه اي لقوا العدو من حيث المقاتلة لان في لقائهم ابهاما يجوز ان يكون
ذلك بسبيل الصلح او بسبيل العداوة والمقاتلة ويجوز ان يقع مفعولا له ه اي
لقوا العدو لاجل المقاتلة والحاصل ان القتال اذا سبق بين عسكر
المسلمين وبين العدو ثم وجد القتيل بين المسلمين فلا قسامة فيه ولا دية لان الظاهر
انه من قتيل العدو **قوله** فعلى ما بيناه ه اشار به الى ان القتيل اذا وجد
في العسكر بفلاة فان وجد في الخباء فهو على ساكنه وان وجد خارج الخباء فعلى
اقرب الاخبية **قوله** وقد ذكرناه ه اشار به الى ما ذكر عند قوله و لا
يدخل السكان مع الملاك في القسامة عند ابي حنيفة وهو قول محمد وقال
ابو يوسف هو عليهم جميعا **قوله** قال واذا قال المستحلف قتله فلان
استحلف بالله ما قتلت ولا عرفت له قاتلا غير فلان ه اي قال القدوري في مختصره
يعني لا تسقط اليمين عنه بقوله قتله فلان غاية ما في الباب ان فلانا صار
مستثنى عن يمينه حيث قال قتله هو وهذا لا ينبغي ان يكون المقر شريكا معه في
القتل وان يكون غيره شريكا معه فاذا كان كذلك يحلف انه ما قتله ولا عرف
له قاتلا غير فلان **قوله** قال واذا شهد اثنان من اهل المحلة على رجل
من غيرهم انه قتل لم تقبل شهادتهما ه اي قال القدوري في مختصره وهذا
الذي ذكره قول ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد تقبل شهادتهما لان الولي
لما ادعى على غيرهم فقد ابراهم عن الدعوى فقد خرجوا من ان يكونوا خصما فلم يكن
في شهادتهم جر مغنم ولا دفع مغرم فانتفت التهمة اصلا فتقبل شهادتهم كسائر

الاجانب ولابي حنيفة انهم تعينوا خصما لوجود القتيل بين اظهرهم لانهم
جعلوا خصما تقديرا بجعلهم قاتلين تقديرا لتقصيرهم ولهذا لو ادعوا القتل
على غيرهم قبل شهادتهم على ذلك بدون الولي يصح لانهم يحتاجون الى دفع تهمة
القتل عن انفسهم والخصم في حادثة لا تقبل شهادته فيها وان خرج من كونه خصما
ولان معنى التهمة قائم لانه يحتمل ان يدفعوا بهذه الشهادة الغرم عن انفسهم
اذ من الجائز ان يجيء ولي آخر فيدعي عليهم فلو قبلت شهادتهم وقضى القاضي بذلك
لم يكن لغيره ان يدعي عليهم شيئا فثبت ان احتمال دفع المغرم ثابت ولكن بهذا
القدر تهمة ولكن لا شيء عليهم من الدية لان الولي قد ابراهم قوله وعلى
الاصلين يبنى تخرج كثير من المسائل من هذا الجنس احد الاصلين ان من انتصب
خصما في حادثة لا تقبل شهادته في تلك الحادثة ابدا بالاجماع والثاني ان من
له عرضية ان يصير خصما ثم بطلت العرضية فشهد تقبل بالاجماع ثم ابو حنيفة
قال في هذه المسئلة الشهود خصوم فلا تقبل شهادتهم وان خرجوا من الخصومة
وهما قالا انهم ليسوا بخصوم ولكن لهم عرضية ان يصيروا خصما فبطلت
العرضية تقبل شهادتهم قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الزيادات
في باب شهادة الوكيل بعد الخصومة وقبلها الاصل في الباب ان من صار خصما
في شيء بطلت شهادته في ذلك اصلا لما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم
انه قال لا شهادة لخصم وبني على ذلك مسائل منها رجل اوصى الى رجل ثم
مات فلم يخاصم الوصي الى القاضي حتى عزله القاضي وجعل للميت وصيا غيره ثم
ان الوصي الاول شهد للميت بشهادة من مال او غيره فان شهادته باطلة لانه لما مات
الموصي وقد قبل الوصاية فقد صار خصما قائما مقامه على طريق الخلافة والوصي لا شهادة
له في حق نفسه فكذلك من يخلفه الا ترى ان الخصومة منافية للشهادة

والشهادة امانة والخصومة ضدها فان كان الوصي لم يرد ولم يقبل حتى شهد
سأله القاضي اتقبل الوصية ام لا فان قبلها ابطل شهادته وان ردها امضى شهادته
لان سبب الرد موقوف فتوقف اثر الشهادة وذلك كالشفيعين اذا شهدا بالبيع
فان طلبا الشفعة ردت شهادتهما وان ابطلاها قبلت شهادتهما وان لم يخبرا
بشيء وقفها حتى يظهر حاله ومنها رجل وكل رجلا بالخصومة في شيء ثم
اخرجه منها قبل ان يخاصمه فيها الى القاضي ثم شهد الوكيل بذلك جازت شهادته
عند ابي حنيفة وبطلت عند ابي يوسف لان الوكيل لم يخلف الموكل من قبل ان الموكل
حي ولكنه امره بالفعل فاذا فعل ذلك قام مقامه والا فلا والدليل عليه
انه لو اقر في مجلس القاضي على موكله صح وفي غير مجلسه لا يصح فثبت انه قبل ان
يخاصم لا يصير خصما فلا تبطل شهادته وعند ابي يوسف لما قبل الوكالة فقد
قام مقامه وصار خصما الا ترى ان اقراره في غير مجلس القاضي جائز عنده
على الموكل فان خاصم فيها ثم خرج منها لم تقبل شهادته في ذلك ابدا بهذا في الوكالة
الخاصة ومنها رجل وكل رجلا بخصومة فلان في كل حق له قبله بمحضر
من القاضي والقاضي يعرفهم جميعا فلم يخاصم الوكيل في شيء من ذلك حتى عزله الموكل
ثم شهد الوكيل بشيء من ذلك الذي وكله به قبلت شهادته عند ابي حنيفة ومحمد
لان التوكيل عند القاضي يوجب العلم للقاضي حتى اذا خاصم بعد ذلك لم يحتج الى اثبات
الوكالة عند هذا القاضي فاما الخصومة فلم توجد فلا تبطل الشهادة فان لم يخرجه
الموكل حتى خاصم رجلا بدين للموكل عليه وذلك الف درهم الى هذا القاضي فقضى
بذلك او لم يقض حتى عزله الموكل ثم شهد للموكل بهذه الالف لم تقبل وان شهد بمال
آخر قبل هذا الرجل قبلت شهادته لان القاضي انما جعله خصما في خصومة الالف
التي خاصم فيها فاما فيما عدا ذلك فلم يجعل خصما بل علمه وكيلا بذلك وبعلمه لا يصير

خصما وانما يصير خصما بقبل الخصومة وقبل الخصومة انما اختص في الف درهم وهذا
اذا كانت الوكالة عامة في الموجود دون الحادث وكانت مؤكدة بعلم القاضي ه
فاما اذا كانت مؤكدة بحكم القاضي كما اذا كان الموكل وكله بغير محضر من
القاضي فاحضر الوكيل الى القاضي الرجل وادعى عليه الف درهم للموكل فانكر
الرجل الوكالة فاقام الوكيل بينة على ذلك فقضى له به القاضي ثم عزله الموكل ثم
شهد الوكيل بمال على الذي وكل بالخصومة معه لم تقبل شهادته على كل حال لان
القاضي لما لم يعلم بوكالته احتاج الوكيل الى اثباتها بالبينة ومن ضرورة اثباتها
في هذا الحق ثبوتها في كل الحقوق لان التوكيل حصل عاما فلا تثبت في شيء حتى تثبت
جملته كما اثبتها الموكل واذا كان كذلك واذا كان كذلك صارت الخصومة
في الالف خصومة في سائر الحقوق لاثبات الوكالة فتسقط شهادته في عامة
الحقوق فيها الا ان يشهد بمال حادث بعد تاريخ الوكالة لان التوكيل بالخصومة
في كل حق له قبل فلان لا يتناول الحادث بعد التوكيل وانما يتناول الموجود
فاذا لم يصر خصما فيه لم تبطل فيه شهادته ومنها رجل ادعى عند القاضي ان
فلانا وكله بالخصومة مع فلان وفلان في كل حق قبلهم واحضر واحدا منهم
واقام عليه البينة بالوكالة ثم اخرجه الموكل ثم شهد له الوكيل بحق على هذا
الذي احضره او على الاخر لم تقبل شهادته لان الخصومة مع الحاضر كانت خصومة
مع الغائبين ايضا وصار هذا الواحد خصما عنهم لانه لا يتوصل الى اثبات الوكالة
بخصومة الحاضر الا باثباتها على الغائبين لانها وكالة واحدة واذا كان كذلك
بطلت الشهادة عليهم جميعا الا ان يكون حقا حادثا بعد الوكالة لما قلنا ان هذا
التوكيل لا يتناول الحادث ومنها رجل ادعى عند القاضي ان فلانا وكله بطلب
كل حق له في مصر كذا والخصومة فيه واحضر خصما فاقام عليه بينة بذلك ثم ان

الموكل اخرجه من الوكالة ثم شهد الوكيل بحق له على رجل في ذلك المصر لم يقبل لانه
لما خاصم واحدا منهم فقد خاصمهم لما قلنا انها وكالة واحدة حتى انه لا يحتاج
الى اقامة البينة بالوكالة على غيره فصار الواحد خصما عن الجماعة وكذلك لو شهد
بحق حادث بعد الوكالة لان هذا التوكيل يتناول القائم والحادث على ما عرف في
كتاب الوكالة الا ان يعرف حق له حادث بعد العزل فتقبل شهادته بذلك
لانه لم يصر خصما فيه ومنها ان رجلا احضر القاضي وادعى ان فلانا وكل فلا نا
الغايب وهذا الحاضر بالخصومة في كل حق له قبل الناس فان القاضي يقبل البينة
ويجعل الحاضر والغايب جميعا وكيلا لان احد الوكيلين وان كان ينفرد بالخصومة
لا ينفرد بالقبض فصار لا يثبت حقه الا باثبات حق الغايب فصار خصما عنه حتى اذا حضر
الغايب لم يكلف اعادة البينة على الوكالة فان عزلهما الموكل ثم شهد له بحق لم تقبل
شهادتهما الا في حق حادث بعد العزل لما قلنا ان هذا توكيل عام في كل مصر فيتناول
الحادث والموجود كالمقيد بمصر واحد وقوله وكلتك بكل حق هو له بمنزلة قوله
وكلتك بطلبه والخصومة فيه لما عرف في كتاب الوكالة وهذا استحسان كذا
في شرح الزيادات والباقي يعلم ثمة قوله ولو ادعى على واحد من اهل
المحلة بعينه فشهد شاهدان من اهلها لم تقبل الشهادة عليه ه ذكره تفريعا
على مسئلة المختصر وذلك لان الخصومة ثابتة تقديرا مع اهل المحلة جميعا كما قلنا
في المسئلة الاولى والشاهدان يدفعان بهذه الشهادة الخصومة عن انفسهما فكانا
متهمين وشهادة المتهم مردودة ولا تسقط القسامة عن اهل المحلة بهذه الدعوى
وقد عرفت ذلك عند قوله وان ادعى الولي على واحد من المحلة بعينه لم تسقط القسامة
عنهم وروى عن ابي يوسف يحلف الشهود بالله ما قتلنا ولا نزاد على ذلك
لانهم اعترفوا انهم عرفوا القاتل فلا وجه للاستحلاف وعن محمد يحلفون ولا علمنا

له قابلا عبد الذي شهدنا عليه لأن التخصيص لم يوجد إلا في حق المشهود عليه فبقي
الباقي على ما كان كذا في كفاية البيهقي. قوله ومن جرح في قبيلة فنقل
إلى أهله فمات من تلك الجراحة فإن كان صاحب فراش حتى مات فالقسامة والدية
على القبيلة وهذا قول أبي حنيفة وقال أبو يوسف لا ضمان فيه ولا قسامة ه وهذه
المسائل المذكورة من هنا إلى كتاب المعاقل ليست بمذكورة في البداية وإنما ذكرت
في الهداية تفريعا وتكثيرا للفوائد وقال الكرخي في مختصره قال أبو يوسف
في الإملاء قال أبو حنيفة في الرجل يجرح في القبيلة فيحمل إلى أهله فيموت من تلك
الجراحة إن كان صاحب فراش حتى مات فعلى عاقلة القبيلة القسامة والدية وإن لم
يكن صاحب فراش فلا ضمان فيه ولا قسامة وقال ابن أبي ليلى لا ضمان فيه
ولا قسامة وإن كان صاحب فراش وهو قول أبي يوسف إلى هنا لفظ الكرخي
وقال شيخ الإسلام علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وإذا جرح الرجل
في قبيلة أو أصابه حجر لا يدري من رماه فلم يزل صاحب فراش حتى مات فعلى
أولئك القسامة والدية وإن كان صحيحا يجيء ويذهب فلا شيء فيه وقال
ابن أبي ليلى لا شيء عليهم فيه وإن لم يزل مريضا بين ما احتمل حتى مات هو يقول
القسامة إنما تجري فيمن وجد قتيلا وهذا وجد جريحا وهذه المسألة تشير
إلى أنه إذا أدرك حيا احتمل أو لم يحتمل لا تجري فيه القسامة عنده لأن القسامة
إنما تجري في قتيل في هذا الموضع ومن نقل إلى موضع آخر فهذا قتيل من وجه في هذا
الموضع ومن وجه في موضع آخر لأن الأثر وجد في موضع آخر ونقول إن في
القبيلة لم يوجد إلا ما دون النفس وذلك لا يلزم العاقلة كقطع العضو ونحن
نقول هذا قتيل وجد في محلة لا يدري قاتله والحكم في قتيل صفته هذا هذا ه وقوله
هذا جرح وليس بقتيل ليس كذلك لأنه مات عقيب هذا السبب الظاهر أضيف الموت

إليه فصار قتيلا ألا ترى أنه لو كان الرامي معلوما يترتب عليه أحكام
القتيل ويجب القتل لو عرف الجاني كذا إذا لم يعلم ه قوله قتيل في موضع آخر قلنا
ليس كذلك لأن فعل القتل وجد في هذا الموضع والأثر مضاف إليه فيبقى قتيلا في
هذا الموضع ضرورة ولهذا لو حلف لا يقتل فلانا في المسجد فجرحه في المسجد ومات
في غير المسجد يحنث في يمينه فأما إذا كان صحيحا يذهب ويجيء ثم مات فلا شيء فيه
لأنه لا يعلم أنه مات بهذا السبب أما إذا عرف أنه مات بسبب المرض والجرح تجري
فيه القسامة ألا ترى أنا اعتبرناه قتيلا في حق وجوب القصاص وقيل
لا تجري في الوجهين لأنه حكم ثبت بخلاف القياس فيما إذا لم يتد العهد أما إذا امتد
فالظاهر أنه يزول الاشتباه والشرع إنما جاء به في موضع الاشتباه كذا في شرح
الكافي قوله ولو أن رجلا معه جريح به رمق حمله إنسان إلى أهله فمكث
يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف وفي قياس قول
أبي حنيفة يضمن ه وقال الكرخي في مختصره لو أن رجلا معه جريح به رمق
فحمله حتى أتى به أهله فمكث يوما أو يومين ثم مات لم يضمن الذي حمله في قول أبي يوسف
وقياس قول ابن أبي ليلى وفي قياس قول أبي حنيفة يكون ضامنا إلى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله ه والرمق بقية الروح وهذا بناء على ما تقدم في المسألة
الأولى لأن وجود الجريح في يده كوجوده في المحلة لأنه يتمكن عليه فإذا وجد
جريحا في المحلة فحمل إلى أهله فمات تجب القسامة والدية على أهل المحلة فكذا
هنا تجب القسامة على الحامل والدية على عاقلته فكأنه حمله مقتولا وعند
أبي يوسف لا شيء في الجريح في المحلة إذا نقل إلى أهله فمات لأن الموجود في المحلة
جريح لا قتيل والقسامة في القتيل لا في الجريح فكذا هنا الموجود في يد الحامل جريح
لا قتيل فلا شيء فيه عند أبي يوسف لأن ما وجد في يده جناية فيما دون النفس

اذا مات

عاقلة

وهذا معنى قوله وقد ذكرنا وجهي القولين ه اي قول ابي حنيفة وقول ابي يوسف
قوله ولو وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته لورثته عند
ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد وزفر لا شيء فيه قال القدوري في كتابه
المسمى بالتقريب قال ابو حنيفة اذا وجد الرجل قتيلا في دار نفسه فديته على عاقلته
وكان ابو بكر يقول ان كان عاقلة المقتول عاقلة ورثته فالجواب على ما ذكر
وان اختلف عواقلهم فعلى عاقلة ورثته وقال ابو يوسف ومحمد وزفر دمه
هدر وروى ابو يوسف عن ابي حنيفة نحوه الى هنا لفظ كتاب التقريب ه
وجه قولهم ان رب الدار بحكم تقصيره ينزل قاتلا لانه هو المخاطب بصيانة
دار نفسه بحكم المالكية فلو وجد غيره قتيلا في داره ينزل قاتلا له تقديرا فيلزمه
حكم القتل واذا وجد نفسه قتيلا ينزل قاتلا نفسه تقديرا ولو قتل نفسه حقيقة
يهدر دمه فكذا اذا صار قاتلا نفسه تقديرا ولابي حنيفة ان حكم الصيانة
يلزمه وعشيرته ولهذا تجب الدية عليهم غير انه يختص بحكم القسامة لعلمه
بحال القتيل وليس هاهنا من يعلم حال القتيل فلا يلزم حكم القسامة ولكن تلزم
الدية لانهم شركاؤه في تحمل الدية لكون الصيانة عليهم فلما وجد قتيلا في دار
نفسه ان تعذر ايجاب الدية عليه لم يتعذر على عاقلته الا ترى ان علة وجوب
الدية وجود القتيل في الدار وفي حق هذا وجوده قتيلا ووجود غيره قتيلا سواء
وعند ذلك يوصف من لزمه صيانة الدار عن مثل هذا قاتلا تقديرا فلزمه حكمه
كذا في شرح الكافي ولم يذكر القسامة على العاقلة في الاصل ومختصر الكافي ومختصر
الطحاوي والكرخي على قول ابي حنيفة بل ذكروا الدية على العاقلة فحسب وكذلك
ذكر القدوري في التقريب وقد ذكر في المختلف والحصر اختلاف المشايخ
في وجوب القسامة على قوله قوله قبل ذلك ه اي قبل ظهور القتل ه

قوله فتجب على عاقلتهم ه اي تجب الدية على عاقلة الورثة للورثة وهذا
اذا اختلف العواقل اما اذا اتحدت عاقلة المقتول مع عاقلة الورثة فحينئذ تجب الدية
على عاقلة المقتول للورثة فيحمل ما ذكره اولا في المتن بقوله فديته على عاقلته لورثته
على ما اذا اتحد العواقل والاتحاد هو الغالب فان قلت كيف يستقيم ان تعقل
عاقلة الورثة للورثة وليس بمعقول ان يعقلوا عن انفسهم لانفسهم قلت
العاقلة اعم من ان تكون ورثة او غير ورثة فما وجب على غير الورثة من العاقلة
تجب للورثة منهم وهذا لان عاقلة الرجل اهل ديوانه عندنا ه
وعند الشافعي اقرباؤه قوله بخلاف المكاتب اذا وجد قتيلا في دار
نفسه ه يعني لا تجب دية المكاتب اصلا بل يهدر دمه لان حال ظهور قتله كانت
الدار على ملكه لان الكتابة لا تنفسخ اذا مات وله مال بل يقضي ما عليه منه
فاذا كانت الدار له حين ظهور القتل جعل قاتلا نفسه قاتلا تقديرا لقيام ملكه
والحر حال ظهور قتله انتقل منه ملكه الى ورثته فلم يجعل قاتلا نفسه تقديرا
لزوال ملكه وقال الكرخي في مختصره واذا وجد في دار المكاتب قتيل
فهو عليه يسعى في الاقل من قيمته ومن الدية وكذلك لو وجد مولاه في دار المكاتب
قتيلا كان عليه الاقل من ديته والقيمة الى هنا لفظ الكرخي وذلك لانه
بمنزلة المباشر وتلزمه القيمة بالمنع من الدفع فتجب القيمة حالة كما اذا امتنع المولى
من الدفع فتجب عليه حالة وقال الكرخي ايضا ولو وجد القتيل المكاتب
قتيلا في دار مولاه فعلى مولاه قيمته في ماله في ثلاث سنين ولا تحمله العاقلة الى هنا
لفظ الكرخي ايضا وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو يوسف
اذا وجد المكاتب قتيلا في دار نفسه فعلى السيد القيمة في ماله وان لم يترك وفاء
ولا دين عليه فهو هدر وان كان عليه دين ولم يدع وفاء فعلى السيد الاقل من

القيمة والدين لغرمائه وقال زفر ديته هدر ترك وفاء أو لم يترك لأبي
يوسف أن وجود القتيل في الدار كمباشرة صاحبها القتل فكان المولى قتله فيلزمه
الضمان إذا كان له وفاء وإن كان عليه دين ولم يترك وفاء ضمن الأقل للغرماء
كما لو باشر قتله ولو قدر أن المكاتب عبد قبل الأداء والعبد إذا وجد
قتيلا في دار سيده سواء وقال الكرخي في مختصره وإذا وجد في دار
عبد مأذون له في التجارة وعليه دين أو لا دين عليه أو غير مأذون له وجد في
داره قتيل فعلى عاقلة مولاه القسامة والدية ولو وجد المأذون له في دار مولاه
قتيلا فإن كان عليه دين فإن على المولى قيمته لغرمائه في ماله حالا وهذا
بمنزلة استهلاكه إياه بعتق ولا تكون القيمة عليه في ثلث سنين لأنه استهلكه
وقد كان يباع في دينهم وكذلك لو قتله عمدا فعليه قيمته حالا وكذلك لو كان
العبد جنى جناية ثم وجد قتيلا في دار مولاه فعلى المولى قيمته حالة وكذلك لو
قتله المولى خطأ وهو لا يعلم بالجناية فإذا كان يعلم فعليه الدية قال
محمد إذا وجد أبو الرجل أو أخوه قتيلا في داره فإن عاقلته تعقل دية أبيه ودية
أخيه وإن كان هو وارثه لأن الدية لم تجب له وإنما وجبت لغيره وقال
بشر عن أبي يوسف في العبد الرهن وجد في دار الراهن قتيلا فالدية على رب الدار
دون العاقلة إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال شيخ الإسلام
علاء الدين الإسبيجابي في شرح الكافي وإذا وجد العبد أو المكاتب أو المدبر
أو أم الولد قتيلا في محلة وجبت القسامة والقيمة في ثلث سنين لأنه آدمي محترم
فوجبت القسامة فيه كما في الأحرار وقد قيل هذا على قول أبي حنيفة ومحمد وعند
أبي يوسف مضمون من حيث أنه مال فلا يستحق من التعظيم ما يستحقه الأحرار
بل يكون حكمه حكم البهائم والصحيح أن هذا قول الكل لأنه لا شبهة في

احترامه من حيث أنه آدمي ولهذا وجب بقتله القصاص وأما الدواب
والبهائم والعروض فلا قسامة فيها لأن الأموال ليست مثل النفوس في الحرمة
وإنما كتبت هذه المسائل تكثيرا للفوائد قوله ولو أن رجلين كانا في بيت
وليس معهما ثالث وجد أحدهما مذبوحا قال أبو يوسف يضمن الآخر الدية وقال
محمد لا يضمنه أي لا يضمن المذبوح لأن القتل محتمل وقوعه منه ومن صاحبه
فلا يلزم الضمان صاحبه بالشك ولأبي يوسف أن الإنسان العاقل لا
يقصد إزهاق روحه عادة ووقوع القتل من نفسه وهم لا يلتفت إليه ألا
ترى أن مثل هذا الوهم يكون في القتيل الموجود في المحلة أيضا ومع هذا لا
يلتفت إليه قوله ولو وجد قتيل في قرية لامرأة فعند أبي حنيفة
ومحمد عليها القسامة يكرر عليها الأيمان والدية على عاقلتها أقرب القبائل إليها
في النسب وقال أبو يوسف القسامة على العاقلة أيضا وقال الكرخي في
مختصره قال عمرو سألت محمدا عن القتيل يوجد في قرية امرأة لا يكون فيها غيرها
قال قال أبو حنيفة تستحلف ويردد عليها الأيمان وعلى عاقلتها الدية أقرب
القبائل إليها وهو قول محمد وقال أبو يوسف ينظر إلى أقرب القبائل إليها
فتكون القسامة عليهم ولا قسامة على المرأة قلت لمحمد أقرب القبائل في النسب
أو الجوار قال في النسب إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجه قول
أبي يوسف أن القسامة إنما تجب على من يخاطب بالصيانة عند النسبة إلى التقصير
والمرأة ليست من أهل الصيانة فأشبه الصبي وإنما قلنا إنها ليست من أهل ذلك
لضعف بنيتها ولهذا لا يلزمها القسامة فيما يوجد في المحلة ولهما
أن الاستحلاف لتهمة القتل وهي متحققة في حق المرأة لا في حق العاقلة لأنهم لا يكونوا
في القرية فلزمها القسامة قال مشايخنا المتأخرون أن المرأة في هذه

المسئلة تشارك العاقلة في تحمل العقل لانها نزلت قاتلة تقديرا فلما دخلت في
القسامة دخلت في العقل ايضا بخلاف غيرها من الصور حيث لا تدخل هي في القسامة
بل تجب على الرجال فلا تدخل في العقل ايضا ه وذكر الطحاوي قول ابي حنيفة مع
قول محمد في هذه المسئلة في مختصره وكذلك ذكر الكرخي ايضا فلم يذكر في
الاصل قول ابي حنيفة اصلا بل ذكر الخلاف بين ابي يوسف ومحمد قوله ولو
وجد رجل قتيلا في ارض رجل الى جانب قرية ليس صاحب الارض من اهلها قال هو
على صاحب الارض وقد ذكر الكرخي هذه المسئلة في مختصره هكذا وذلك لان
الحفظ والتدبير في الارض الى صاحب الارض لا الى اهل القرية فيجب عليه نصرة
الارض عن فساد وقوع العقل فاذا وقع القتل ينسب ذلك الى تقصيره في الحفظ فيترك
قاتلا تقديرا فيجب عليه القسامة والدية على عاقلته وقال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي القرية اذا كانت لرجل من اهل الذمة فانه
يكرر عليه الايمان لانه من اهل القسامة والقرية في صيانته فيكون موجب
التقصير عليه وعليه الدية لانه لا عاقلة له حتى لو كان له عاقلة تجب عليهم
ولو كان الذمي نازلا في قبيلة من قبائل فوجد فيها قتيل لم يدخل الذمي في القسامة
ولا في الغرم لانه تابع لاهل القرية وكذلك السكان والنوازل فيها من غيرهم
لانهم اتباع وقال شيخ الاسلام ايضا ولو وجد القتيل في قرية اليتامى وهم
صغار ليس في تلك البلدة من عشيرتهم احد فالقسامة والدية على عاقلة اليتامى
لانهم ليسوا من اهل الصيانة فيلزم ذلك عاقلتهم وعاقلتهم اقرب القبائل اليهم
اذا لم يكن في ذلك البلد عشيرتهم وان كان فيهم مدرك فعليه القسامة وتكرر
عليه اليمين لانه من اهل ذلك وعلى اقرب القبائل منهم الدية في الوجهين اذا لم يكن
في تلك البلدة عشيرتهم كذا في شرح الكافي وكتبت هذه المسائل تكثيرا

للفوائد والله اعلم ه

كتاب المعاقل

لما كان موجب القتل خطأ وما في معناه الدية على العاقلة شرع في بيان ذلك ه
والمعاقل جمع معقلة بفتح الميم وضم القاف وهي العقل اي الدية وسميت الدية عقلا
ومعقلة لان ابل الدية كانت تعقل بفناء ولي المقتول ثم عم هذا الاسم فسميت الدية
معقلة وان كانت دراهم او دنانير وقيل انما سميت معقلة لانها تعقل الدماء
عن ان تسفك ومعاقل الجبال المواضع المنيعة فيها والمعقل من الجبل حيث يمتنع فيه
ويقال عقل الدواء بطنه يعقله عقلا اذا امسكه وعقل الوعل في الجبل اذا
علا فيه وامتنع يعقل عقولا وسميت آلة الادراك عقلا لهذا المعنى ايضا لانه
يمنع من السفه والهوى وهو العاقلة الذين تقسم عليهم دية القتيل خطأ وهم
اصحاب الديوان او العشيرة فيه اختلاف يجيء بعد هذا ان شاء الله تعالى ه ثم
الدية مشروعة بالكتاب نحو قوله تعالى فدية مسلمة الى اهله ه وبالسنة نحو قوله لد
عليه السلام في نفس المؤمن مائة من الابل ه وباجماع الامة لانه انعقد
اجماعهم على ذلك ولا منكر لمشروعيته اصلا ه ووجوبها على العاقلة
بحديث حمل بن مالك وهو ما روى صاحب السنن وغيره مسندا الى ابي هريرة
رضي الله عنه قال اقتتلت امرأتان من هذيل فرمت احديهما الاخرى بحجر فقتلتها فا ختصموا
الى رسول الله صلى الله عليه وسلم فقضى رسول الله صلى الله عليه وسلم دية جنينها
عبدا او وليدة وقضى بدية المرأة على عاقلتها وورثها ولدها ومن معهم فقال حمل
ابن النابغة الهذلي يا رسول الله كيف اغرم من لا شرب ولا اكل ولا نطق ولا
استهل فمثل ذلك يطل فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم انما هذا من اخوان
الكهان من اجل سجعه الذي سجع قوله قال والدية في شبه العمد والخطاء

وكل دية وجبت بنفس القتل على العاقلة ه اي قال القدوري في مختصره وقوله
وكل دية وجبت مبتدأ وان كان نكرة لانه تخصص بصفة وقوله على العاقلة
خبره ومعنى قوله وجبت بنفس القتل ه اي ابتداء وهو احتراز عما وجبت
الدية في ثاني الحال لا ابتداء كما اذا قتل الاب ابنه حيث يكون موجب القتل
القصاص ابتداء ولكنه يسقط ذلك الى الدية لشبهة الابوة فتجب الدية في مال
الاب لا على العاقلة وكذا اذا وجبت الدية صلحا عن العمد تجب ذلك في مال
القاتل حالة الا اذا اشترط التاجيل بخلاف ما يجب على الاب فانه يجب في ثلاث
سنين وانما وجبت على العاقلة لحديث حمل بن مالك بن النابغة ولان
الخاطئ معذور لانه لم يقصد القتل وكذا الذي باشر شبه العمد لان الآلة ليست
بموضوعة للقتل فكان في معنى الخطاء فلما كان كذلك لم يمكن ايجاب القصاص
ولا سبيل الى اهدار الدم ايضا لانه ليس في الاسلام دم مهدر فوجبت الدية
ولكن الدية مال عظيم تحصل به الاجحاف اذا وجب على القاتل خاصة
والخاطئ يستحق التخفيف لعدم قصده في نفس الامر او نظرا الى الآلة كما في شبه
العمد فضمت العاقلة الى القاتل في اداء الدية تحقيقا للتخفيف وانما خصت
العاقلة بالضم دون غيرهم لان الاصل في العاقلة معنى التناصر وهم لما تركوا
مراقبته الواجبة عليهم صاروا كانهم هم القاتلون تقديرا فوجبت عليهم
الدية **قوله** حمل بن مالك ه هو بالحاء المهملة والميم المفتوحتين حمل بن
مالك بن النابغة الهذلي اسلم ثم تحول الى بلاد قومه ثم رجع الى البصرة وابتنى
بها دارا في هذيل ثم صارت داره بعد لعمر بن مهران الكاتب كذا في كتاب
الطبقات الكبير **قوله** اجحافه واستيصاله ه اي اجحاف الخاطئ يقال
اجحف بالشيء اذا ذهب به **قوله** لانه انما قصر بقوة فيه وتلك النصار

اي لان القاتل انما قصر حالة الرمي في التثبت والتوقف بقوة فيه وتلك القوة
حاصلة له بانصاره **قوله** قال العاقلة اهل الديوان ان كان العا قل
من اهل الديوان يؤخذ من اعطياتهم في ثلث سنين ه اي قال القدوري في
مختصره قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وعاقلة
الرجل اهل نصرته وكان عاقلة الرجل في ابتداء الاسلام اهل عشيرته واهل
نسبه فلما دون عمر رضي الله عنه الدواوين فرض ذلك على اهل الديوان وهم
اهل الرايات وهم الجيش الذين كتبت اساميهم وارزاقهم في الديوان فمن كان
من اهل الديوان فعقله عليهم اذا جنى ومن لم يكن من اهل ذلك ان كان من
اهل البادية فعقله على اقرب القبائل اليه نسبا وان كان من اهل الامصار كان
له اقرباء وعشيرة يقضى عليهم وان لم يكن اختلف المشايخ فيه بعضهم
قالوا يجب في ماله وبعضهم قالوا يجب على اهل حرفته وبعضهم قالوا يجب
في بيت ماله وبعضهم قالوا يجب على اهل الديوان لانه من نظرائهم وقال
الحاكم الشهيد في الكافي بلغنا عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه انه فرض
العاقل على اهل الديوان وذلك لانه اول من فرض الديوان وجعل العقل فيه
وكان العقل قبل ذلك على عشيرة الرجل في اموالهم ولم يكن ذلك منه
تغييرا لحكم الشرع بل تقريرا له لانه عرف ان عشيرته كانوا يتحملون بطريق
النصرة فلما كان التناصر بالرايات جعل العقل عليهم ولهذا اوجب على
المقاتلة من اهل الديوان حتى لا يجب على النسوان والصبيان لانه لا يحصل بهم
التناصر وعن المعرور بن سويد قال فرض عمر بن الخطاب رضي الله عنه
الدية توخذ في ثلاث سنين والنصف في سنتين وما دون الثلث في سنة رايه
نقول في ذلك لانه جعل الدية في عطاياهم الثلث وكان يخرج في كل سنة عطاء واحد

كذا في شرح الكافي وقال محمد في كتاب الآثار عن ابي حنيفة
عن حماد عن ابرهيم وما كان من جراحات الخطاء فعلى العاقلة على اهل الديوان
ان بلغت الجراحة ثلثي الدية ففي عامين وان كان النصف ففي عامين وان كان الثلث
ففي عام وذلك كله على اهل الديوان قال محمد وبه ناخذ وذلك في اعطية
المقاتلة دون اعطية الذرية والنساء وهو قول ابي حنيفة الى هنا لفظ كتاب
الآثار وعند الشافعي الدية على العصبات ولا يلزم اهل الديوان شيء الا
ان يكونوا من اهل النسب وقال مالك العاقلة هم العصبة قربوا او بعدوا
وهو مذهب احمد ايضا لانه ليس باهل الديوان والقاتل ولاد ولا تعصيب فصاروا
كالاجانب ولنا ان عمر رضي الله عنه فرض الدية على اهل الديوان ولم ينكر
عليه احد من المهاجرين والانصار رضي الله عنهم فحل محل الاجماع فان قيل كانت
الدية في زمن النبي صلى الله عليه وسلم وزمن ابي بكر رضي الله عنه على القبيلة فكان
ذلك من عمر رضي الله عنه تغييرا له فلا يجوز قلنا لا نسلم انه تغيير بل
هو تقرير لان تحمل الدية كان بالتناصر بالقبيلة ولم يكن في ذلك الزمان ديوان
فلما دون الدواوين صار التناصر بالديوان فكانت الدية على اهل الديوان لمعنى
التناصر وليس اهل الديوان كسائر الاجانب لان سائر الاجانب ليس مواجهة
للنصرة وقال ابو بكر الرازي في هذا المقام سؤالا ثم اجاب عنه
في شرحه للطحاوي فقال فان قال قائل المسلمون كلهم يد واحدة على من
سواهم وعلى بعضهم نصرة بعض اذا احتاج اليه فما معنى قولكم ان العقل على التناصر
قيل له ان عمر رضي الله عنه لما دون الدواوين جعل اهل كل ديوان يدا
واحدة في نصرة بعضهم لبعض في القتال والغزو وحفظ الحريم وسد الثغور ونحو ذلك
من الامور التي تذهبهم فيحتاجون فيها الى التناصر فكان الرجل من اهل الديوان ينصر اهل

ديوانه اخص ممن لا ديوان له معه قرابة كان او غير قرابة الا ترى انهم
تميزوا بالدواوين فقيل تميم الكوفة وتميم البصرة وضبة الكوفة وضبة البصرة
وكانت تميم قبيلة واحدة في الاصل ثم تميزوا باختلاف دواوينهم واعطياتهم فكان
اهل ديوان البصرة بعضهم اولى بنصرة بعض من غيرهم وكذلك اهل سائر الدواوين
وقال في شرح الطحاوي ثم الدية في الخطاء تحملها العاقلة والعاقلة اهل
الديوان ان كان القاتل من اهل الديوان وتحمل في ثلث سنين لان لهم في كل سنة
عطاء فتوخذ في ثلث عطايا وان تعجلت العطايا الثلث في سنة واحدة توخذ في
سنة واحدة ايضا وان تاخر خروج العطايا توخر ايضا وانما توخذ من الرجال ولا مطلب
توخذ من النساء ولا من الاماء والعبيد والصبيان وتوخذ من كل رجل ثلثة دراهم
او اربعة دراهم ولا يوخذ اكثر من ذلك ولكن يوخذ في كل سنة درهم او درهما
او ثلثة هذا اذا كان الرجل من اهل الديوان واما اذا لم يكن من اهل
الديوان فعاقلته انصاره فان كان نصرته بالمحال والدروب تحمل عليهم
وان كان نصرته بالحرف فعاقلته المحترفون الذين هم انصاره كالقصارين
والصفارين بسمرقند والاساكفة باستيجاب فان لم يبلغ من الرجال ما يوخذ منهم
من كل واحد منهم اربعة دراهم ولكن يوخذ اكثر من ذلك فانه لا يوخذ ولكن
يضم اقرب المحال اليهم حتى يكون على كل رجل منهم ثلثة او اربعة والقاتل يكون
واحدا من العاقلة حتى يوخذ منه كما يوخذ من العاقلة اذا كان من اهل العقل مثل
ان يكون بالغا حرا صحيح العقل هذا كله اذا كان للرجل عاقلة فاما اذا لم
يكن له عاقلة كاللقيط والحربي والذمي اذا اسلم فان عاقلته بيت المال
وروي عن محمد انه يجب في ماله ولا يجب في بيت المال هذا اذا اسلم ولم
يوال احدا فاما اذا عاقد احدا عقد الولاء فجنايته على المولى الذي والاه فله

ان يتحول بولائه الى غيره ما لم يعقل عنه فاذا عقل عنه فليس له ان يتحول وكذلك
لو لم يوال احدا حتى عقل عنه بيت فليس له ان يوالي احدا بعد ذلك الى هنا لفظ
شرح الطحاوي ه والاعطيات جمع اعطية جمع عطاء لان جمع القلة يجوز جمعه
والعطاء اسم ما يعطى والمراد منه ما يفرض ويعطى للمقاتلة في كل سنة قوله
والحلف والولاء والعدد ه والحلف بكسر الحاء وسكون اللام العهد والمراد به
ولاء الموالاة والمراد منه من قوله والولاء ولاء العتاقة والمراد من العدد ان
يكون الرجل معدودا من القوم وان لم يكن من قبيلتهم يقال فلان عديد بني فلان
قوله كما قال ه اي الشافعي قوله اولى منه ه اي من ايجاب
الدية يعني ان ايجاب الدية في الخطاء الذي هو صلة اولى من الايجاب في اصول
اموالهم قوله والتقدير بثلاث سنين مروي عن النبي صلى الله عليه
وسلم ه اي تقدير الدية في الخطاء بالتاجيل الى ثلث سنين قال الحاكم وقد
روينا عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه جعل دية الخطاء على العاقلة في
ثلاث سنين ه وقد ذكرنا عن عمر رضي الله عنه قبل هذا انه فرض كذلك ولان
الدية مال عظيم والخاطي معذور فيجب ان تلزم العاقلة واياه على وجه لا حرج
فيه ولهذا توزع عليهم على وجه يصيب كل رجل من الدية ثلثة دراهم او اربعة
دراهم تحقيقا للتخفيف وعن ابن عمر في دية الخطاء وشبه العمد في النفس على
العاقلة على اهل الديوان في ثلثة اعوام في كل سنة الثلث قوله وان خرجت
العطايا في اكثر من ثلثة او اقل اخذ منها ذكره القدوري هكذا في المختصر يعني
ان الدية تجب على العاقلة في ثلث سنين ولكن اذا خرجت العطايا في اكثر من ثلث
تؤخذ الدية منهم في اكثر من ثلث سنين حتى اذا خرجت عطاياهم الثلث في ست سنين
تؤخذ الدية منهم في كل سنة السدس واذا خرجت عطاياهم الثلث في سنة واحدة

يؤخذ جميع الدية في سنة واحدة لان وجوبها في العطايا وقد حصلت والمراد
من العطايا هي العطايا المفروضة للسنين المستقبلة لا للسنين الماضية حتى لو كانت
عطايا السنين الماضية اجتمعت قبل قضاء القاضي بالدية على العاقلة ثم قضي بالدية
عليهم لا يؤخذ من العطايا الماضية بل يؤخذ من العطايا المستقبلة لان ابتداء وجوب
الدية على العاقلة من حين قضاء القاضي لا من حين الموت خلافا للشافعي لان ما
عليه الدية قبل القضاء غير معلوم لكونه مجتهدا فيه لان في العاقلة كلاما
بعضهم يقول اهل الديوان وبعضهم يقول العشيرة فلا يتعين الا بالقضاء وكذا
الواجب في نفسه غير معلوم فان ولاية التعيين فيه الى القاضي ان شاء قضي بالابل
وان شاء قضي بالدراهم او الدنانير لان من الناس من قال الواجب الابل فحسب وقال
قوم الابل والاثمان جميعا ه وزاد قوم على هذا البقر والغنم والحلل فصار الواجب
ستة اشياء وقالت الاصم العاقلة لا يجب عليهم العقل لانه لا تزر وازرة وزر
اخرى ومنهم من لا يرى على القاتل شيئا احتج الشافعي بان من لزمته
الدية مؤجلة يكون ابتداؤها من حين الموت اصله اذا اقر بقتل الخطاء
وانكرت العاقلة قلنا لا فرق بينهما فان في الاصل ابتداءها من حين
تلزمه الدية فكذلك في مسئلتنا ابتداء التاجيل من حين تلزمه الدية وهو عند
حكم الحاكم لان الدية لم تكن واجبة على العاقلة وانما تجب عليهم بحكم القاضي
فثبت التاجيل من حين وجبت الدية قوله على ما بين اشارة الى ما
ذكر بعد عشرة خطوط بقوله لان الواجب الاصلي المثل والتحول الى القيمة بالقضاء
قوله لما ذكرناه اشارة الى قوله لان الوجوب بالقضاء قوله
وما وجب على العاقلة من الدية او على القاتل بان قتل الاب ابنه عمدا فهو في ماله
في ثلاث سنين وقال الشافعي ما وجب على القاتل في ماله فهو حال ذكره على

شبيل التقريع قال الشيخ ابو الفضل الكرماني في اشارات الاسرار الاب
اذا قتل ابنه عمدا وجبت الدية مغلظة في ماله في ثلاث سنين وقال الشافعي
تجب حالا لان الواجب بدل النفس فيجب ان يكون حالا كالقصاص وكما في عقد
الصلح وانما ورد الشرع بالتاجيل تخفيفا على الجاني في الخطاء وفي حالة العمد لا
يستحق التخفيف فلا يلحق بها الا ترى ان في حالة الخطاء تجب على العاقلة
تخفيفا وتجب دية مخففة بخلاف حالة العمد ونحن نقول القياس ان لا يجب
المال لانعدام المماثلة بين المال والتالف لان النفس معدة لانواع الكرامات
بخلاف المال وانما وجب المال بقتل النفس بالشرع صيانة للدم عن الهدر وقد ورد
الشرع بايجاب المال في الخطاء وشبه العمد موجلا فكذا يجب ان يكون هنا موجلا
لانه مال وجب بالقتل ابتداء كالمقيس عليه بخلاف ما اذا وجب بالصلح لانه لم
يكن الوجوب ثمه بالقتل ابتداء بل كان بالصلح ولانه قتل لا يتعلق القصاص
بحال فما يستحق فيه من المال يجب ان يكون موجلا كما في شبه العمد والخطاء واورد
هنا في مختصر الاسرار سوالا وجوابا فقال فان قيل الدية في الاصل تجب على
العاقلة ولا نسلم ان جناية الاب عمد من كل وجه لانه عمد من وجه خطاء من وجه
الا ترى انها جعلت كالعمد في حق الغير حتى لم تجب الدية على العاقلة وجعلت
كالخطاء فيما بينهما حتى لم يجب القصاص قوله فيا باه ه اي يابى القياس
ايجاب المال وبيانه ما قلنا آنفا قوله ورد به موجلا ه اي ورد الشرع
بايجاب المال في الخطاء موجلا قوله ولو قتل عشرة رجلا خطاء فعلى
عاقلة كل واحد عشر الدية في ثلاث سنين ه اي تجب الدية اعشارا على عواقل العشرة
فعلى عاقلة كل واحد من العشرة عشر الدية في ثلث سنين في كل سنة ثلث العشر لانه
لو كان القاتل واحدا لزم كل الدية في ثلث سنين على العاقلة في كل سنة الثلث فاذا

لك كانت موجلة بخلاف الفرع
ايتطلبنا اذا اعترفت بقتل
او كسر العاقلة فانها يجب
لم موجلا من الدية لا يجب على العاقلة

كانوا عشرة تجب على عواقلهم اعشارا في ثلاث سنين على عاقلة كل واحد عشر الدية فيصيب
كل عاقلة عشر الدية وعشر الدية اذا ادي في ثلاث سنين يكون حصة السنة من ذلك
ثلث العشر وهذا معنى قوله اعتبارا للجزء بالكل ه اي لجزء الدية بكل الدية هذا
اذا اختلفت عواقل العشرة فان اتحدت فالحكم فيه كما اذا كان القاتل واحدا ه
قوله وانما يعتبر مدة ثلاث سنين من وقت القضاء بالدية وعند الشافعي
يعتبر ابتداء المدة من حين الموت وقد استوفينا البيان قبل هذا قوله لان
الواجب الاصلي المثل ه اي الواجب الاصلي في الضمان هو المثل للفائت لقوله تعالى
فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم ولا مماثلة بين الادمي الصالح للكرامات
كالولايات والشهادات وبين المال والتحول من المثل الذي هو الادمي الى قيمة
الادمي والفائت ثبت شرعا بخلاف القياس وانما تعينت القيمة بالقضاء فاعتبر ابتداء
مدة وجوب القيمة من يوم القضاء كما في ولد المغرور وهو الذي وطئ امراة معتمدا على
ملك يمين او نكاح فولدت ولدا ثم استحقت حيث يكون ولدها حرا بالقيمة
يوم الخصومة وهو يوم القضاء لان الواجب الاصلي رد عين الولد لما تعذر
لئلا يلزم ارقاق الحر وجب التحول الى القيمة فاعتبر القيمة يوم القضاء لانها تعينت
بالقضاء فكذا هنا قوله ومن لم يكن من اهل الديوان فعاقلته قبيلته ه
وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه وتقسم عليهم في ثلاث سنين لا يزاد
الواحد على اربعة دراهم في كل سنة وينقص منها وانما كانت عاقلة من لم يكن
من اهل الديوان قبيلته لما مر من قبل ان الدية على عهد رسول الله صلى الله عليه وسلم
على اهل القبيلة وانما نقلها عمر رضي الله عنه الى اهل الديوان لمعنى التناصر فلما لم
يكن الجاني من اهل الديوان اقر الحكم على الاصل وقال في شرح الكافي ومن
جنى من اهل البادية واهل اليمن الذين لا ديوان لهم فرضت الدية على عواقلهم في ثلاث

سنين على الأقرب فالأقرب على الاخوة ثم بني الاخوة ثم الأعمام ثم بني الأعمام على ما
عرف من ترتيب العصبات وهل يدخل البنون والآباء بعضهم قالوا يدخلون لانهم
اقرب وبعضهم قالوا لا يدخلون لان الانتصار غير معتاد من الابناء والآباء لان
هذا مما يقضي على من يكثر ولا يلحقهم الحرج في تحمله والآباء والاولاد لا يوصفون
بالكثرة ويضم اليهم اقرب القبائل في النسب حتى يصيب الرجل في السنين الثلاث
من الدية ثلاثة دراهم او اربعة دراهم لانهم انما يتحملون عنه على وجه لا يلحقهم الحرج
كذا في شرح الكافي وما ذكره القدوري في مختصره بقوله لا يزاد الواحد على اربعة
دراهم في كل سنة اشارة الى انه يزاد على الاربعة في السنين الثلاث لانه قيد نفي
الزيادة بسنة واحدة وجوز الاربعة على الواحد من العاقلة في السنة الواحدة فاذا
كان ما يصيب الواحد في السنة الواحدة اربعة دراهم كان ما يصيبه في السنين
الثلاث اثني عشر درهما لا محالة فكان ما يصيبه من جميع الدية زيادة على الاربعة
ونص محمد في كتاب المعاقل خلاف ذلك لانه قال ويقضي بالدية على القوم حتى يصيب
في عطايا من الدية اربعة دراهم او ثلثة او اقل من ذلك قالوا ما ذكره محمد هو
الصحيح وذلك لان هذا مال وجب عليهم تخفيفا على القاتل وانما يتحقق عليهم
النظر على وجه لا يضربهم وذلك في توزيع الواجب حسب ما ذكرنا والذي ذكرنا
من رواية مختصر القدوري هو المشهور وثبت في شرح الاقطع رواية
بقوله لا يزاد الواحد على اربعة دراهم في كل سنة درهم ودانقان وينقص منها فعلى
ذلك لا فرق بين نص محمد وبين رواية القدوري ثم اكثر ما يوضع على كل واحد من
العاقلة اربعة دراهم واقله لا يتقدر وعند الشافعي على الغني نصف دينار
وعلى المتوسط ربع دينار كذا في مختصر الاسرار لنا ان كل معتبر يؤخذ في الزكوة
بنفسه لا يتقدر به ما يؤخذ من آحاد العاقلة كالبقرة والبعير ولهذا لم يزد على

اربعة دراهم حتى لا يبلغ ما يؤخذ في الزكوة لانه في حكم الكثير ولا يفرق بين
الغني والمتوسط في التحمل لانه مال وجب بالقتل فاستوى فيه الغني والمتوسط
كالكفارة قوله قال وان لم تكن تتسع القبيلة لذلك ضم اليهم
اقرب القبائل ه اي قال القدوري في مختصره يعني ان العاقلة اهل الديوان عندنا
فان لم يكن القاتل من اهل الديوان فعاقلته قبيلته ثم القبيلة اذا وزع عليهم
الدية في ثلاث سنين على كل واحد منهم ثلثة دراهم او اربعة دراهم كما بينا ولم
تحصل اداء كل الدية بهم ضم اليهم اقرب القبائل نسبا على الترتيب المذكور في العصبات
وهذا اذا لم يكن له عاقلة فان كان له عاقلة فعقله في بيت مال المسلمين وعن
محمد انه في مال الجاني وقد مر بيانه من شرح الطحاوي قبل هذا قوله وعلى
هذا حكم الرايات ه يعني اذا كان القاتل من اهل الديوان فعاقلته اهل الراية
فان لم تتسع اهل الراية للعقل ضم اليهم اهل راية اخرى الاقرب فالاقرب في
النصرة يعني اذا حزب اهل الراية امر فمن كان اقرب نصرة اليهم من اهل الرايات
الاخر يضم اليهم في العقل يعتبر الاقرب فالاقرب ولكن يفوض اعتبار الاقرب
في النصرة الى الامام لانه هو العارف بذلك ه يقال حزبه امر اي اصابه ه
قوله وقال الشافعي يجب على كل واحد نصف دينار ه قال في وجيزهم
ولا يضرب على فقير وان كان معتملا ويضرب على الغني نصف دينار وهو الذي ملك
عشرين دينارا بعد المسكن وما يحتاج اليه وعلى المتوسط الربع وهو الذي يملك اقل
من ذلك ولكن يملك ما فضل عن حاجته وينظر الى اليسار في آخر السنة فلو طرأ
اليسار قبلها او بعدها فلا التفات اليه الى هنا لفظ الوجيز وقد مر بيان المذهبين
قبل هذا قوله لانه صلة ه اي لان العقل صلة لانه يجب على العاقلة
بسبيل المواساة من غير ان يوجد منهم جناية قوله فيعتبره بالزكوة ه اي يعتبر

الشافعي العقل بالزكوة وادنى الزكوة من الورق خمسة دراهم وهي مساوية بنصف
دينار في الزمن الاول وهذا الذي قاله ليس له اثر لانه اوجب الربع على
المتوسط على انا نقول لا نسلم ان قياس العقل على الزكوة صحيح لوجود
الفارق لان القدر المعلوم هنا يجوز تنقيصه ولا يجوز النقصان في الزكوة وايضا
الزكوة تؤخذ من اصل المال وهذا يؤخذ من فضل المال من العطاء عندنا فلم يكن
تعليله حجة علينا قوله ولو كان عاقلة الرجل اصحاب الرزق يقضي
بالدية في ارزاقهم في ثلاث سنين في كل سنة الثلث ه ذكره بسبيل التفريع قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو كانت عاقلة الرجل اصحاب
الرزق يأخذون كل شهر قضي عليهم بالدية في ذلك الشهر بحصته وان كانوا يأخذون
كل ستة اشهر ولم يكن لهم اعطية تخرج رزق ستة اشهر بعد القضاء اخذ منهم سدس
الدية لان مالهم الذي يصير الى نفقاتهم هذا ولو كان لهم ارزاق في كل شهر واعطيات
في كل سنة فرضت عليهم الدية في اعطياتهم دون ارزاقهم لان اداء الدية من الاعطيات
اسهل لان الارزاق تكون مستحقة بنوائبهم الدارة ولان الاعطيات تكون اكثر فكان
اخذ النائبة عنه ايسر والفرق بين الرزق والعطية ان الرزق ما يفرض لكفاية
الوقت والعطية ما يفرض ليكونوا قائمين بالنصرة قال صاحب المغرب
العطية ما يفرض للمقاتلة ه والرزق ما يجعل لفقراء المسلمين اذا لم يكونوا مقاتلة
وفيه نظر لان محمدا قال اذا كان لهم ارزاق واعطيات فرضت الدية في
اعطياتهم دون ارزاقهم فعلم بذلك ان الرزق يفرض للمقاتلة ايضا قوله
قال وادخل القاتل مع العاقلة فيكون فيما يؤدي كاحدهم ه اي قال القدوري
في مختصره ومعنى كونه كاحد العاقلة انه يفرض عليه من الدية ثلثة دراهم او اربعة
دراهم وقال الطحاوي ويعقل الجاني مع عاقلته جناية نفسه اذا كان رجلا

صحيح العقل وهذا عندنا وعند الشافعي لا يلزم القاتل شيء كذا في الاسرار
وغيره وهو مذهب احمد بن حنبل ايضا وذلك لان الحكم تحول الى العاقلة فلا
يبقى عليه ولهذا لا يجب الكل عليه فلا يجب الجزء ايضا اعتبارا للجزء بالكل ولنا
ما روي ان سلمة بن نعيم قتل رجلا يوم اليمامة يظنه كافرا وكان مسلما فقال
له عمر رضي الله عنه الدية عليك وعلى قومك كذا في شرح الاقطع ولانه لما
وجب على العاقلة بجعلهم مباشرين حكما وان لم توجد المباشرة منهم حقيقة فاولى ان
يجب على القاتل لكونه مباشرا حقيقة ولا يلزم من نفي ايجاب كل الدية عن
القاتل نفي ايجاب الجزء لان ايجاب الاكثر على العاقلة تخفيف على العاقلة لانه خاطئ
فيجب عليه كما وجب على احدهم لان فيه تخفيفا ايضا اما الاسقاط عنه اصلا فلا معنى له
لانه لما وجب على العاقلة مع انهم برآء من الجناية ولم يتلوثوا بالدم كان الوجوب
على غير البريء اولى لانه تعالى قال ولا تزر وازرة وزر اخرى ه ولانها
دية وجبت بالقتل فلا تخلو ذمة القاتل عنها كما اذا لم تتسع العاقلة ولا مال في بيت المال
فان قيل ان النبي صلى الله عليه وسلم قضى بدية المقتولة على عصبة القاتلة لا
على القاتلة قلنا ذاك ليس بحجة علينا لان اصحابنا قالوا ان القاتل اذا لم يكن
من اهل التحمل لا يدخل في العاقلة والمرأة ليست من اهل التحمل فان قيل ما وجب
تحمله عن الغير يجب تحمل جميعه لا عن بعضه كالنفقة وصدقة الفطر فعلى هذا ينبغي
ان تجب كل الدية على العاقلة من غير ايجاب الجزء على القاتل قلنا ليس طريق هذا
طريق التحمل لان التحمل عن الغير عبارة عن ان يجب عليه ثم يؤدي عنه غيره وهنا
تجب العقل على العاقلة ابتداء بجعلهم مباشرين تقديرا وكذلك نقول في النفقة والصدقة
لان ذلك تجب على الاب والابن ابتداء ثم النفقة والصدقة حجة على الخصم لان وجوبهما
تختلف بيسار الغير واعساره فانه اذا كان موسرا لا يتحمل عنه فعلى قياس هذا يجب

ان يعقلوا اذا كان القاتل مؤمنًا لا تحمل عنه قوله وليس على النساء
والذرية ممن كان له حظ في الديوان عقل ه قال الحاكم الشهيد وليس على
النساء والذرية ممن كان له عطاء في الديوان عقل وذلك لان وجوب العقل
على العاقلة باعتبار ترك المراقبة والنصرة وجعلهم قاتلين تقديرًا والصبيان والنساء
ليسوا من اهل النصرة فلا عقل عليهم وقد روي عن عمر بن الخطاب رضي الله
عنه انه قال لا يعقل مع العاقلة صبي ولا امراة كذا في شرح الكافي والذرية
في اللغة اولاد الاولاد واراد هنا الصبيان وهي ماخوذة من الذر وهي صغار
النمل والدليل على ان الصبي والمراة ليسا من اهل النصرة ان الجزية لا توضع
عليهما وهي بدل عن النصرة فان قلت قد مر قبل كتاب المعاقل ان القتيل
اذا وجد في قرية امراة تجب الدية على عاقلتها لا عليها عند ابي حنيفة ومحمد وذهب
اليه المشايخ المتاخرون انها تشارك العاقلة في الدية فكيف لم تشاركهم هنا
قلت ثمه ايضًا لا تشاركهم في الدية على ما هو المنصوص من محمد وانما اختار
المتاخرون في تلك المسئلة خاصة لانها لما دخلت في القسامة دخلت في الدية
ايضًا بخلاف غيرها من الصور حيث لا تدخل في القسامة فلا تدخل في الدية ايضًا
قوله والفرض لهما من العطاء للمعونة لا للنصرة هذا جواب سؤال
مقدر بان يقال لا نسلم ان الصبي والمراة ليسا من اهل النصرة فلو لم يكونا من
اهل النصرة لما فرض لهما من العطاء فاجاب عن ذلك وقال الفرض للمعونة لا
للنصرة بيانه ان بنيتهما تصلح لمعونة الجند بالطبخ والخياطة وحفظ الرحال
ونحو ذلك ولا تصلح للنصرة لضعفها فكان الفرض للمعونة لا للنصرة ويجوز
ان يقال الفرض لهما من الامام على سبيل العون لهما كفرض ازواج النبي صلى الله عليه
وسلم لا لوجود النصرة منهما لغيرهما فلم يدل فرض العطاء للنصرة قوله

ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر وهذه من مسائل الاصل ذكرها على سبيل
التفريع وهذا اذا كان ديوان كل واحد من المصرين مختلفا لانه لا يوجد التناصر
بينهما حينئذ فلا يعقل احدهما عن الآخر فاما اذا كان ديوانهما واحدا او
كان الجاني من اهل ديوان ذلك المصر بل آخر يعقل عنه اهل ذلك المصر بدليل
المسئلة التي تلي هذه قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح
الكافي ولا يعقل اهل مصر عن اهل مصر آخر لانه لا تناصر بينهم عادة ويعقل
اهل كل مصر عن سوا ديهم وقراهم لانهم اتباع لهم قوله ومن كان
منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة عقل عنه اهل الكوفة ه ذكره ايضا على سبيل
التفريع قال في شرح الكافي ومن كان منزله بالبصرة وديوانه بالكوفة
عقل عنه اهل الكوفة لانه في حق اهل الديوان التناصر باهل الديوان لا باهل
القرابة ولو ان قومًا من اهل خراسان اهل ديوان واحد مختلفين في
انسابهم منهم من له ولاء ومنهم من له القرب ومنهم من لا ولاء له جنى بعضهم
جناية عقل عنه اهل رايته واهل قيادته وان كان غيرهم اقرب اليه في النسب
لان التناصر بينهم بالرايات لا بالقرابة كذا في شرح الكافي ه قوله
وقرب السكنى ه اي لا يظهر مع وجود الديوان حكم التناصر بقرب السكنى
كالتناصر بالقرب قوله وغيره ه اشارة الى التناصر بالحرف ه
قوله على ما بيناه ه اشارة الى قوله ومن لم يكن من اهل الديوان
فعاقلته قبيلته وقد مر البيان مستوفى ثمة قوله ومن جنى جناية
من اهل المصر وليس له في الديوان عطاء واهل البادية اقرب اليه ومسكنه المصر
عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر ذكره ايضا على سبيل التفريع قال الحاكم
الشهيد في الكافي ومن جنى جناية من اهل المصر وليس له عطاء واهل البادية اقرب

اليه ومسكنه في المصر عقل عنه اهل الديوان من ذلك المصر وان لم يكن له فيهم عطاء ه اعلم ان المشايخ اختلفوا في هذه المسئلة فبعضهم لم يشترطوا ان يكون الجاني قريبا لاهل الديوان بل قالوا عقلوا عنه سواء كان قريبا لهم او لم يكن لانهم اذا كان بين ظهرانيهم صار كالعديد والحليف لهم وبعضهم اشترطوا ذلك وقالوا عقلوا عنه اذا كان قريبا لهم وهو الاصح واليه اشار الحاكم في الكافي حيث قال واهل البادية اقرب اليه اي اقربا له نسبا من اهل المصر لانه اذا كان هكذا استقام الوجوب على اهل الديوان باعتبار القرابة في النسب وان لم يكن له عطاء فيهم وذلك لانهم اقرب مكانا فكانوا اقدر على النصرة وان كان اهل البادية اقرب نسبا وصار هذا بمنزلة صغيرة لها وليان احدهما اقرب وهو غائب غيبة منقطعة فان ولاية الانكاح الى الابعد الحاضر لانه اقدر على اقامة مصالحها فهذا نظير ذلك كذا في شرح الكافي قوله ولو كان البدوي نازلا في المصر لا مسكن له لا يعقله اهل المصر هذه المسئلة وما بعدها الى قوله وعاقلة المعتق قبيلة مولاه من مسائل الاصل ذكرت على سبيل التفريع وان لم تذكر في البداية قال في شرح الكافي ولو كان البدوي نازلا في المصر ليس له مسكن في المصر لا يعقل عنه اهل العطاء كما ان اهل العطاء لا يعقل عنه اهل البادية اذا كان فيهم نازلا لانه لا ينتصر بهم اذا لم يكن مسكنه فيهم قوله وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا فديته على عاقلته بمنزلة المسلم قال في شرح الكافي واذا كان لاهل الذمة عاقلة معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم قتيلا خطاء فديته على عاقلته بمنزلة المسلمين لانهم في استحقاق التخفيف في امور الدنيا بمنزلة المسلمين لما انهم في المعاني العاصمة عن الاضرار وان لم يكن لهم عاقلة فهو في ماله في ثلاث

سنين من يوم يقضى به كما في المسلم هذا في حق الذمي اما المسلم اذا جنى ولم يكن له عاقلة تعقله في بيت المال وهو الظاهر وعن ابي حنيفة انه يجب في مال الجاني وسيجيء ذلك عند قوله قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال قوله في المعاني العاصمة عن الاضرار اراد بها حق السرقة والقذف والقصاص ووجوب الدية قوله بمنزلة تاجرين مسلمين قتل احدهما صاحبه يقضى بالدية عليه في ماله وانما اطلق القتل ليشمل العمد والخطاء لان الدية تجب في ماله سواء كان القتل عمدا او خطاء لان العاقلة لا تعقل جناية وقعت في دار الحرب وبه صرح الكرخي في مختصره في كتاب السير قوله وتمكنه من هذا القتل ليس بنصرتهم ه اي تمكن احد التاجرين الداخلين بدار الحرب من قتل صاحبه ليس بنصرة اهل الاسلام فلا يعقل عنه اهل الاسلام بل تجب الدية في ماله قوله ولا يعقل كافر عن مسلم ولا مسلم عن كافر لعدم التناصر وذلك لان بناء العقل على التناصر ولا تناصر مع اختلاف الدين قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي ولا يعقل مسلم عن كافر ولا كافر عن مسلم لانه لا تناصر بينهم والكفار يتعاقلون فيما بينهم وان اختلفت مللهم لان الكفر كله ملة واحدة هذا اذا لم تكن المعاداة بينهم ظاهرة اما اذا كانت ظاهرة كاليهود مع النصارى ينبغي ان لا يعقل بعضهم عن بعض وهكذا روي عن ابي يوسف كذا في شرح الكافي قوله ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه بالبصرة ثم رفع الى القاضي فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وقال زفر يقضى على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف وذلك لان وجوب العقل على العاقلة بجناية الجاني وهو القتل الصادر منه وحين وجدت الجناية منه كانت عاقلته من اهل الكوفة فلا تحول العقل عنهم الى اهل البصرة كما لو قضى القاضي بالعقل على عاقلته

من اهل الكوفة ثم جعل ديوانه بالبصرة لا تحول العقل اليهم لكنا هذا ولنا ان
الدية انما تجب على العاقلة بالقضاء لان الوجوب لا يتعين عليهم قبل القضاء على ما مر بيانه
والجاني يوم القضاء من اهل البصرة فيجب العقل على عاقلته من اهل البصرة بخلاف ما
اذا قضى بالدية على عاقلته من اهل الكوفة ثم حول عطاؤه الى ديوان البصرة كان الدية على
عاقلته من اهل الكوفة لا ينتقل عنهم لان الوجوب قد تقرر عليهم بالقضاء ولكن
يؤخذ في حصة القاتل من عطايه بالبصرة لان الدية تؤخذ من العطاء وعطاؤه بالبصرة
ولو قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وتناقص البعض منهم ضم اليهم اقرب القبائل منهم
في النسب ولا يشبه قلتهم تحويلها الى بلد آخر حيث يجوز الحاق قوم بهم بعد القضاء عليهم
بعلة القلة ولا يجوز النقل بعد القضاء من بلد الى بلد والفرق ظاهر لان في النقل
ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي من الواجب عليهم
وكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله كذا ذكر شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي **قوله** وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه
بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على اهل
البصرة اي على الحكم المذكور يعني لو قضي بالدية على اهل الكوفة لم يتحول بعد ذلك الى
اهل البصرة ولو لم يقض عليهم حتى استوطن البصرة تحول الى اهل البصرة وكذا البدوي
اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضى بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء
على عاقلته بالبادية لم يتحول عنهم الى اهل الديوان **قوله** وهذا بخلاف ما
اذا كان قوم من اهل البادية قضي بالدية عليهم في اموالهم في ثلاث سنين ثم جعلهم
الامام في العطاء حيث تصير الدية في اعطياتهم وان كان قضي بها اول مرة في
اموالهم اي هذا الذي قلنا من عدم انتقال العقل عن اهل الكوفة بعد القضاء
عليهم الى اهل البصرة بخلاف ما اذا قضي على قوم من اهل البادية بالدية في اموالهم ثم

صار لهم عطاء حيث تنتقل الدية الى عطاياهم وبيانه فيما قال شيخ الاسلام
علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولو ان قوما من اهل البادية قضي عليهم بالدية
في اموالهم في ثلاث سنين فادوا الثلث او الثلثين او لم يؤدوا شيئا حتى جعلهم الامام
في العطاء صارت الدية عليهم في اعطياتهم وان كان قضي عليهم اول مرة في اموالهم
لانه ليس في جعل الدية في اعطياتهم نقض القضاء الاول لانه قضى بالدية عليهم في اموالهم
واعطياتهم اموالهم غير ان الدية تؤدى من ايسر الاموال والاداء من العطاء في
حال صاروا من اهل العطاء ايسر وهذا اذا كان مال العطاء من جنس ما قضي
به عليهم بان قضي بالدراهم او الدنانير والعطاء دراهم اما اذا لم يكن من جنسه بان
قضي بالابل والعطاء دراهم لم يتحول العقل الى الدراهم ابدا لانه لو تحول الى الدراهم
يؤدي الى ابطال القضاء الاول ولكن يؤدي الابل من مال العطاء بان يشتري
الابل من مال العطاء لان الاداء منه ايسر كذا في شرح الكافي **قوله**
قال وعاقلة المعتق قبيلة مولاه وذلك لان تحمل الدية بالنصرة وذلك يحصل
للمعتق من جهة مولاه وقبيلة مولاه وقد دل على ذلك ايضا قوله صلى الله عليه
وسلم مولى القوم منهم قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا كانت المراة حرة
مولاة لبني تميم تحت عبد لرجل من همدان فولدت ولدا فجنى جناية فعاقلة الابن
عاقلة امه بني تميم لانه مولى لقوم امه فان لم يقض القاضي بالجناية على عاقلة الام
حتى عتق الاب فان القاضي يحول ولاءه الى موالي ابيه على ما عرف في كتاب الولاء
ولكن يقضي بالجناية التي قد جناها على عاقلة الام لا يحولها عنهم لانه يصير مولى
لقوم ابيه عند عتق ابيه لانه انما صار الاب من اهل الولاء يومئذ والجناية قد
تقدمت في هذه الحالة فلا يستقيم الزامها على قوم الاب ولم يكن مولى لهم وقت الجناية
بخلاف ما اذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ يعقل عنه عاقلة الام لان نسبه ثابت من

الام فان عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة
الاب في ثلث سنين من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب ولا يلتفت
الى ما مضى من السنين بعد دعوة الاب وانما رجعوا عليهم لانه تبين ان الدية
واجبة عليهم لانه عند اكذاب الاب نفسه يظهر ان النسب لم يزل كان ثابتا من
الاب لان دليل النسب في حق الاب كان قايما ولكن قطع مع هذا بحكم التلاعن
فمتى بطل حكم اللعان من الاصل بتكذيب نفسه ظهر حكم النسب من الاصل ضرورة
ومتى ظهر هكذا تبين ان قوم الام تحملوا عن قوم الاب وهم مضطرون في ذلك
بالزام القاضي فيرجعون عليهم فان من ادى دين غيره وهو مضطر في ذلك يرجع
عليه وبخلاف ما اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يود كتابته حتى
جنى ابنه فعقل عنه قوم امه ثم اديت الكتابة لانه عند الوفاء يتحرر ولاؤه الى
قوم الاب من وقت حريته الاب وانما يحكم بحريته في اخر جزء فتبين ان قوم
الام عقلوا عنهم فيرجعون عليهم وفرق بين هذه المسلة وبينما اذا كان
من اهل مصر فجنى ثم تحول الى مصر اخر ثم قضى القاضي بالجناية فان القاضي يقضي بالجناية
على القوم الذين تحول اليهم ولا ينظر الى وقت الجناية وفيما نحن فيه ينظر الى وقت
الجناية والفرق ان ولاءه ثابت من قوم الاب ومن قوم الام وانما
يستقيم الترجيح لقوم الاب اذا امكن اثبات حكم الترجيح ولا يمكن ههنا لعدم
ولاء الاب اصلا عند الجناية والحاصل ان حالة الجناية تراعى وعلى اعتبار
الحالتين الوجوب على قوم الام اولى لانه مولى لهم من كل وجه عند الجناية ومن
وجه عند القضاء وفي اهل المصرين عاقلة كل واحد من الفريقين عاقلة في حال دون حال
فصار اعتبار حالة الحكم اولى كذا في شرح الكافي قوله قال ومن والى
المولاة يعقل عنه مولاه وقبيلته اي قال القدوري في مختصره وقال

الشافعي لا يجب عليهم لنا انه ولاء يتناصر به فجاز ان يتحمل به الدية كولاء
العتاقة وهذه المسلة مبنية على ان عقد الموالاة صحيح عندنا يرث كل واحد صاحبه
وبه خلافا للشافعي قالوا نوع عقل فلا يكون سببا لتحمل العقل كساير العقود
قلنا لا يمتنع ان يفارق هذا العقد ساير العقود في التحمل والارث كما
ان النكاح فارق الاجارة وغيرها في الارث ثم ساير العقود لا تنعقد على النصرة
والميراث لا يتضمنها وهذا العقد يتضمن التوارث والتناصر وان قيل ليس
بينهما قرابة فلا يتحمل احدهما عن صاحبه الدية كالاجنبي قيل له الاجنبي ان كان
ينتصر القاتل به يتحمل عنه عندنا كاهل الديوان وان كان لا ينتصر به لا يتحمل
عنه والفرق بينهما وجود النصرة في احدهما دون الاخر وقال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي حربي اسلم ووالى مسلما
في دار الاسلام ثم جنى جناية عقل عنه عاقلة الذي والاه فان عقلوا عنه او لم
يقض بها حتى اسر ابوه من دار الحرب فاشتراه رجل فاعتقه جر ولاء ابنه وصار
مولى لموالي ابيه ولا يرجع عاقلة الذي كان ولاؤه على عاقلة موالي الاب لانه
امر حادث وان لم يكن قضى بها عليهم فكذلك الجواب لانه يوم الجناية كان
مولى لهم وكذلك لو حفر بيرا قبل ان يوسر ابواه ثم وقع فيها انسان بعد عتقه فان
ذلك على عاقلة الذي والاه دون عاقلة ابيه لان حالة الجناية وهي حالة الحفر
وقد وجد يومئذ وهو مولى لهم وقال ايضا ذمي اسلم ولم يوال احدا
حتى قتل قتيلا خطا فلم يقض به حتى والى رجلا من بني تميم ثم جنى جناية اخرى
فانه يقضي بالجنايتين على بيت المال ويجعل ولاؤه لجماعة المسلمين ويبطل ولاؤه
الذي والاه لانه لما جنى جناية لزم حكم ذلك جماعة المسلمين لانه مولى لعامة
المسلمين وقد تاكد ذلك بلزوم حكم الجناية اياهم فلا يبعد ان يتحول بولايته الى غيرهم

كما لو والى رجلا ثم جنى ثم والى آخر لا يصح ولاؤه مع غيره الا ترى ان
القاضي يقضي بحكم الجناية على بيت المال لانه كان مولى لهم يومئذ فيتقرر حكم
ولائه من المسلمين من يومئذ فتبين انه والى غيرهم وهو مولى لهم على اللزوم
فكان باطلا قوله وقد مر في الولاء يعني ان عقد الموالاة ليس بشيء
عند الشافعي قوله ولا تعقل العاقلة اقل من نصف عشر الدية وتعقل
نصف العشر فصاعدا وهذه من مسائل القدوري وذلك لما قال محمد في
كتاب الآثار اخبرنا ابو حنيفة عن حماد عن ابرهيم قال لا تعقل العاقلة في ادنى
من الموضحة وارش الموضحة نصف عشر بدل النفس وذكر اصحابنا في كتبهم عن
ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعا وموقوفا قال لا تعقل العواقل عمدا ولا عبدا
ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما دون ارش الموضحة ولكن ذكر ابو عبيد
هذا الحديث باسناده الى الشعبي وجعله من كلامه ولم يذكر فيه قوله ولا ما دون
ارش الموضحة قال حدثنا عبد الله بن ادريس عن مطرف عن الشعبي قال لا تعقل
العاقلة عمدا ولا عبدا ولا صلحا ولا اعترافا قوله عمدا يعني ان كل جناية
عمد ليست بخطاء فانها في مال الجاني خاصة وكذلك الصلح ما اصطلحوا عليه من
الجنايات في الخطاء فهو ايضا في مال الجاني وكذلك الاعتراف اذا اعترف الرجل
بالجناية من غير بينة تقوم عليه فانها في ماله وان ادعى انها خطاء لانه لا يصدق
الرجل على العاقلة واما قوله ولا عبدا قال ابو عبيد فان الناس
قد اختلفوا في تاويله فقال لي محمد بن الحسن انما معناه ان يقتل العبد حرا فليس
على عاقلة مولاه شيء من جناية عبده انما جنايته في رقبته ان يدفعه الى المجني
عليه او يفديه واحتج محمد في ذلك بشيء رواه عن ابن عباس رضي الله عنهما
قال محمد حدثني عبد الرحمن بن ابي الزناد عن ابيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن

مسعود عن ابن عباس رضي الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا
ولا ما جنى المملوك قال محمد افلا ترى انه قد جعل الجناية جناية المملوك
وهذا قول ابي حنيفة وقال ابن ابي ليلى انما معناه ان يكون العبد
يجني عليه بقتله حر او بجرحه يقول فليس على عاقلة الجاني شيء انما ثمنه في ماله
خاصة قال ابو عبيد فذاكرت الاصمعي في ذلك فاذا هو يرى القول فيه
قول ابن ابي ليلى على كلام العرب ولا يرى قول ابي حنيفة جائزا يذهب
الى انه لو كان المعنى على ما قال لكان الكلام لا تعقل العاقلة عن عبد ولم يكن
ولا تعقل عبدا الى هنا لفظ ابي عبيد يعني يقال في كلام العرب عقلت القتيل اذا اعطيت
ديته وعقلت عن فلان اذا لزمته دية فاعطيتها عنه قلت نعم يقال ذلك
كذلك ولكن يستعمل عقلته في معنى عقلت عنه ايضا لان سياق الحديث وهو
قوله لا تعقل العاقلة عمدا وسياقه وهو قوله ولا صلحا ولا اعترافا يدلان
على ذلك لانه في معنى عن عمد وعن صلح وعن اعتراف وحديث ابن عباس رضي
الله عنهما اقوى دليل فيما ذهبنا اليه لانه جعل الجاني مملوكا فافهم قوله
ولان التحمل للتحرز عن الاجحاف هذا دليل عقلي على ان العاقلة لا تحمل
ما دون ارش الموضحة يعني ان تحمل العاقلة للارش للتخفيف على القاتل كيلا يلزم الاجحاف
به بايجاب المال الكثير ولا يلزم الاجحاف في المال القليل فلا تحمل ما دون
ارش الموضحة وانما ثبت الفصل في ارش الموضحة وما دونه في التحمل وعدمه بالسمع وهو
ما ذكرنا من حديث ابن عباس وغيره نحو ايجاب الغرة على العاقلة في الجنين وهو نصف
عشر الدية ويدل عليه من جهة النظر ان ما دون الموضحة ليس له ارش مقدر
في نفسه فاشبه ضمان الاموال التي لم يكن لها تقدير في انفسها لزم في ماله دون
عاقلته واما ما كان لها ارش مقدر في نفسه فهو مشبه للنفس لكونه مقدرا في

نفسه فكان على العاقلة فإن قيل أرش الأنملة مقدر وهو ثلث دية الأصبع
فينبغي أن تحمله العاقلة قيل له ليس أرشها مقدرا بنفسها بل هو مقدر بغيرها
وهو الأصبع ونحن إنما شبهنا ما دون الموضحة بالأموال من حيث لم يكن له
أرش مقدر بنفسه ه يقال أجحف به أي أهلكه واستأصله ه قوله
قال وما نقص من ذلك يكون في مال الجاني لا تحمله العاقلة كذا ذكر القدوري
في مختصره وقال الكرخي في مختصره وما كان من الجناية على الرجل لا يبلغ نصف
عشر ديته أو جنايته على المرأة لا يبلغ نصف عشر ديتها فهو كله في مال الجاني إلا أجل
إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال في شرح الأقطع وقال الشافعي في أحد
قوليه العاقلة لا تحمل ما دون النفس وفي قول آخر تحمل القليل والكثير ه أما
الدليل على أنها تحمل ما دون النفس أن النبي صلى الله عليه وسلم قضى بغرة الجنين
على العاقلة في حديث حمل بن مالك ولأن القصاص يجب في عمده وتتقدر الدية
في خطائه فأشبه النفس فتحمله العاقلة كالنفس ه وأما الدليل على أنها لا تحمل ما
دون نصف العشر أن القصاص لا يجب في عمده ولا يتقدر أرشه بنفسه فصار كضمان
الأموال فلا تحمله العاقلة ولأنه ليس بنفس ولا معادل نفسا فلا تحمله العاقلة
أصله ما ذكرنا ولا يلزم عليه أرش الموضحة لأنه يعادل نفسا لأنه يجب في الجنين
مثل أرش الموضحة قال في مختصر الأسرار ولا يلزم عليه إذا قتل عبدا قيمته
أقل من أرش الموضحة أنه تحمله العاقلة لأنه نفس فإن قيل من حمل كثير الأرش
حمل قليله أصله الجاني قيل وجوب الضمان على الجاني هو مقتضى الأصول ووجوبه
على غيره خارج عن الأصول فلا يقال إذا اطرد ما وضع عليه الأصول يجب أن يطرد
ما خرج عن الأصول وإذا ثبت أن ما دون نصف العشر لا تحمله العاقلة كان في
مال الجاني لأنه الأصل والوجوب عليه في جميع الأحوال إلا أن ثبت التخفيف

بالتحمل عنه فما لا يتحمل يكون على الأصل قوله والقياس فيه ه أي في العقل
يعني أن القياس فيه شيئان أحدهما التسوية بين القليل والكثير في التحمل كما ذهب
إليه الشافعي في أصح قوليه لأن من حمل الكثير حمل القليل أصله الجاني ه والآخر
أن لا يجب التحمل أصلا كما ذهب إليه بشر لأنه لا تزر وازرة وزر أخرى وتركنا
القياس بإيجاب التحمل في القليل دون الكثير بالسمع الوارد عن رسول الله صلى الله عليه
وسلم وعن أصحابه رضوان الله عليهم قوله فما دونه يسلك به مسلك الأموال
أي ما دون نصف عشر الدية أو ما دون أرش الجنين حكمه حكم المال لا تحمله العاقلة
والدليل على ذلك أنه ليس فيه أرش مقدر بل يجب الأرش فيه بالتحكيم فصار
كضمان الأموال ليس فيه شيء مقدر بل يتعين ذلك بالتقويم فلما كان كضمان الأموال
كان في مال الجاني أيضا بالقياس لأن الأصل أن يجب ضمان الجناية على الجاني ه
قوله ولا تعقل العاقلة جناية العبد ولا ما لزم بالصلح أو باعتراف الجاني
وهذه من مسائل مختصر القدوري ولفظ المختصر ولا تعقل العاقلة جناية العبد
ولا تعقل الجناية التي اعترف بها الجاني إلا أن يصدقوه ولا تعقل ما لزم بالصلح وهذا
ترتيب لفظه ه وأراد بجناية العبد أن يكون هو الجاني ومولاه مخير بينهما بين
الدفع أو الفداء وقد مر ذلك في الديات وهو من إضافة المصدر إلى الفاعل فأما
إذا جنى الحر على العبد فقتله خطأ كان على عاقلته وسيجيء ذلك بعد هذا والأصل
في ذلك كله ما حدث محمد في موطاه عن ابن عباس رضي الله عنهما وقال حدثني
عبد الرحمن بن أبي الزناد عن أبيه عن عبيد الله بن عبد الله بن عتبة بن مسعود عن ابن عباس
رضي الله عنهما قال لا تعقل العاقلة عمدا ولا صلحا ولا اعترافا ولا ما جنى المملوك
ولأن الصلح والإقرار لا يلزم بهما على العاقلة شيء لقصور ولاية المصالح
والمقر عن العاقلة إلا أن تصدق العاقلة المقر في إقراره فحينئذ يلزمهم تحمل العقل

لأن سقوط التحمل عنهم كان للتهمة وقد زالت بتصديقهم فلزمهم ولكن الواجب
بالاقرار اذا لم تصدق العاقلة في مال الجاني في ثلاث سنين لانه واجب بنفس القتل
بخلاف ما لزم بالصلح فانه واجب في ماله حالا وليس فيه اجل لانه ليس بواجب
بنفس القتل الا اذا وقع الصلح مؤجلا فيجب كذلك وقد مر ذلك قبيل فصل الجنين
قوله ومن اقر بقتل خطاء ولم يرتفعوا الى القاضي الا بعد سنين قضي عليه
بالدية في ماله في ثلاث سنين من يوم يقضي وهذه من مسائل الاصل ذكرت
تفريعا على مسئلة المختصر وذلك لان العاقلة لما لم تحمل ما وجب بالاقرار وجب
في ماله لان الاصل في الايجاب هو الجاني ولكن يجب في ثلاث سنين لانه لما
وجب التاجيل في حق العاقلة مع كثرتهم لتيسير الاداء فلان يجب على القاتل هكذا اولى
وانما اعتبر مدة السنين من يوم القضاء لان الوجوب بو مبين ولو ثبتت البينة عليه
حينئذ قضي على العاقلة لانه لا تهمة حينئذ قوله لان التاجيل من وقت
القضاء في الثابت بالبينة ففي الثابت بالاقرار اولى يعني ان البينة حجة متعدية
والاقرار حجة قاصرة فعلى هذا تكون البينة اقوى من الاقرار ثم الدية في القتل الثابت
بالبينة اذا كان خطاء تجب مؤجلة من وقت القضاء لا من وقت الموت ففي الثابت
بالاقرار تجب كذلك بالطريق الاولى لان الاقرار اولى من البينة قوله ولو
تصادق القاتل وولي الجناية على ان قاضي بلد كذا قضي بالدية على عاقلته بالكوفة
بالبينة وكذبهما العاقلة فلا شيء على العاقلة لان تصادقهما ليس بحجة عليهم ولم
يكن عليه شيء في ماله ه اي لم يكن على القاتل شيء ايضا هذا التصادق وهذه
من مسائل الاصل ذكرت على سبيل التفريع ايضا ه اما عدم الوجوب على العاقلة اذا
انكروا فلان تصادق القاتل وولي الجناية ليس بحجة عليهم لعدم ولاية الالزام واما
عدم الوجوب على القاتل فلان الولي لا يدعي الدية على القاتل لانه يقول ان القاضي

قضي بها على العاقلة الا اذا كان للقاتل معهم عطاء فيكون عليه حصته من ذلك
لانهما تصادقا على الوجوب في هذا القدر على المقر قالوا في شروح الكافي
وهذا نص من اصحابنا ان القاتل يدخل مع العاقلة في تحمل الدية قوله
بخلاف الاول ه اراد به ما اذا اقر بقتل خطاء حيث يقضي عليه بالدية في ماله لان
اقراره حجة على نفسه ويدعي ولي القتيل عليه ايضا وهنا فيما نحن فيه لا يدعي ولي
القتيل عليه لانه تصادق مع القاتل ان الدية على العاقلة وقد قضي بها القاضي
عليهم فلا يكون على القاتل شيء الا اذا كان له عطاء فيكون عليه حصته من ذلك كما
قلنا قوله الا ان يكون له عطاء استثناء من قوله فلم يكن عليه شيء
قوله قال واذا جنى الحر على العبد فقتله خطاء كان على عاقلته ه اي قال
القدوري في مختصره وقوله كان باسناد الفعل الى المذكر اي كان العقل وهو
الدية وفي بعض النسخ كانت ه اي كانت الدية وفيه اصح قولي الشافعي لا تحمله العا قلة
كذا في شرح الاقطع وهذا بناء على ان هذا الضمان بدل النفس عندنا
وعنده بدل المال ولهذا يجب عنده قيمة العبد بالغة ما بلغت ولنا ان
الواجب فيه الدية لاطلاق قوله تعالى ودية مسلمة الى اهله ه والدية واجبة بمقابلة
الآدمية فلما وجبت باطلاق النص وجبت على العاقلة كما اذا كان المقتول حرا ولا
يجوز ان تمسك بقول الشعبي لا تعقل العاقلة عمدا ولا عبدا لان المراد به ما جنى
العبد بدليل ما روي عن ابن عباس رضي الله عنه ولا ما جنى المملوك وقد
مر قبيل فان قيل ما يضمن بالقيمة لا تحمله العاقلة كالاموال قيل
الاموال يستوي فيها العمد والخطاء وليس كذلك العبد لانه اذا قتل عمدا يجب
فيه القصاص فيفسد القياس قوله وقد مر قبل ه اي في اول فصل بعد
باب جناية المملوك قوله وما دون النفس من العبد لا تحمله العاقلة

ذكره وما بعده الى آخر كتاب المعاقل على سبيل التفريع وقال الشافعي في احد
قوليه تتحمله العاقلة لنا ان الاطراف يسلك بها مسلك الاموال ولهذا لا
يجري القصاص في العمد بين طرفي الحر والعبد فلا تتحمله العاقلة كطرف البهيمة
وقد مر ذلك في باب القصاص فيما دون النفس وهذا معنى قوله على ما عرف
قوله قال اصحابنا ان القاتل اذا لم يكن له عاقلة فالدية في بيت المال
لان جماعة المسلمين هم اهل نصرته وهذا اذا كان القاتل مسلما فاذا كان
ذميا ولا عاقلة له فالدية في ماله لان بيت مال المسلمين لا تعقل الذمي وقد مر
ذلك عند قوله وان كان لاهل الذمة عواقل معروفة يتعاقلون بها فقتل احدهم
قتيلا فديته على عاقلته قوله وابن الملاعنة يعقله عاقلة امه لان نسبه
ثابت منها دون الاب وهذه المسئلة من مسائل الاصل وقد استوفينا بيانها
وبيان المسئلة التي تليها اعني ما اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر اي ولد
من الحرة عند قوله وعاقلة المعتق قبيلة مولاه قوله وكذلك رجل
امر صبيا بقتل رجل فقتله فضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت بها على عاقلة الآمر ان
كان الامر ثبت بالبينة وفي مال الآمر ان كان ثبت باقراره في ثلث سنين من يوم
يقضي بها القاضي على الآمر او على عاقلته وذلك لان الرجوع على العاقلة او على
الآمر يتعين بالقضاء فتعتبر المدة من يوم القضاء فترجع عاقلة الصبي على الآمر من
يوم القضاء في ثلث سنين ان كان الامر ثبت بالاقرار وعلى عاقلة الآمر ان كان
الامر ثبت بالبينة وانما الرجوع في ثلث سنين لان الاصل في وجوب الديات هو كان
الاجل للتيسير الا اذا ثبت الدية بالصلح فذلك لا اجل فيه الا اذا اشترط
قوله قال رضي الله عنه ههنا عدة مسائل ذكرها محمد متفرقة ذ اي في
العاقل مسائل ذكر تلك المسائل محمد في كتاب المعاقل من الاصل في مواضع متفرقة لا في

موضع واحد وهي مبنية على اصول قوله والاصل الذي يخرج عليه
اي يخرج المسائل عليه ذلك الاصل ان يقال من حال القاتل اذا تبدل حكما فانتقل ولاؤه
الى ولاء بسبب حادث لم تنتقل جنايته عن الاول قضي بها او لم يقض وان ظهرت حالة
خفية مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى وقع القضاء بها او لم يقع
ولم يختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء
فان كان قضي بها على الاولى لم ينتقل الى الثانية وان لم يكن قضي بها على الاولى فانه
يقضي بها على الثانية وان كانت العاقلة واحدة فلحقها زيادة او نقصان اشتركوا في
حكم الجناية قبل القضاء وبعده الا فيما سبق اداؤه وهذا يشتمل على اصول
الاصل الاول قوله اذا تبدل حال القاتل حكما فانتقل ولاؤه الى ولاء بسبب
حادث لم تنتقل جنايته عن الاول قضي بها او لم يقض ونظيره مولود بين حرة
وعبد جنى ثم اعتق ابوه لا تتحول الجناية عن عاقلة الام وقد مر بيانه عند قوله وعاقلة
المعتق قبيلة مولاه ومن نظيره ايضا اذا اسلم حربي ووالى مسلما ثم جنى جناية
عقل عنه عاقلة الذي والاه فان عقلوا عنه او لم يقض بها حتى اسر ابواه من دار الحرب
فاشتراه رجل فاعتقه جر ولاء ابنه وصار مولى لموالي ابيه ولكن لا يرجع عاقلة
الذي كان والاه على عاقلة موالي الاب لانه امر حادث ومن نظيره
ايضا ما لو حفر الغلام بئرا قبل ان يؤسر ابوه ثم وقع فيها انسان بعد عتقه فان ذلك
على عاقلة الذي والاه دون عاقلة ابنه وقد مر ذلك عند قوله ومولى الموالاة
يعقل عنه مولاه وقبيلته والاصل الثاني قوله وان ظهرت حالة خفية
مثل دعوة ولد الملاعنة حولت الجناية الى الاخرى اي الى العاقلة الاخرى كما
اذا قتل ابن الملاعنة رجلا خطأ يعقل عنه عاقلة الام لان نسبه ثابت من الام فان
عقلوا عنه ثم ادعاه الاب رجعت عاقلة الام بما ادت على عاقلة الاب في ثلث سنين

من يوم يقضي القاضي لعاقلة الام على عاقلة الاب ومن نظيره ايضا ما اذا مات المكاتب عن وفاء وله ولد حر فلم يؤد كتابته حتى جنى ابنه فعقل عنه عاقلة امه ثم اديت الكتابة فان عاقلة الام يرجعون بما اذوا على عاقلة الاب وقد مر ذلك عند قوله وعاقلة المعتق قبيلة مولاه وكذلك اذا امر رجل صبيا ليقتل رجلا فقتله تضمنت عاقلة الصبي الدية رجعت عاقلته على عاقلة الامر ان كان الامر ثبت بالبينة وعلى الامر في ماله ان كان الامر ثبت باقراره لان الامر مسبب متعد فانه استعمل الصبي في امر لحقه فيه تبعة فيثبت لعاقلته حق الرجوع بما اذوا وقد مر هذا قبل هذا عند قوله وكذلك رجل امر صبيا بقتل رجل فقتله والمثال الثالث قوله ولو لم تختلف حال الجاني ولكن العاقلة تبدلت كان الاعتبار في ذلك لوقت القضاء ونظيره ما اذا كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فلم يقض بالدية على عاقلته حتى حول ديوانه الى البصرة فانه يقضي بالدية على عاقلته من اهل البصرة وعلى قول زفر يقضي على عاقلته من اهل الكوفة وهو رواية عن ابي يوسف وقد مر بيانه ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء وكذلك لو كان رجل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء فلم يقض عليه حتى استوطن البصرة قضي بالدية على عاقلته بالبصرة ولو كان قضى بها على عاقلته بالكوفة لم تنتقل عنهم لان من لا عطاء له اذا سكن مصرا فعاقلته اهل ديوان ذلك المصر بمنزلة من له عطاء وكذلك البدوي اذا الحق بالديوان بعد القتل قبل القضاء يقضي بالدية على اهل الديوان وبعد القضاء على عاقلته بالبادية لم تتحول عنهم الى اهل الديوان وقد مر ذلك عند قوله وعلى هذا لو كان القاتل مسكنه بالكوفة وليس له عطاء وهذا اذا تبدلت العاقلة فاما اذا لم تتبدل ولكن كثرتها بزيادة او نقصان اشتركوا في حكم الجناية قبل القضاء وبعده كما اذا قلت العاقلة بعد القضاء عليهم وقد اصطلح البعض منهم ضم اليهم اقرب القبائل في النسب ولا يشبه قلتهم تحويله الى بلد اخر حيث يجوز الحاق قوم بهم بعد القضاء عليهم بعلة القلة ولا يجوز النقل بعد القضاء من بلد الى بلد والفرق ظاهر لان في النقل ابطال الحكم الاول فلا يجوز بحال وفي الضم تكثير المتحملين لما قضي عليهم من الواجب فكان فيه تقرير الحكم الاول لا ابطاله وقد مر ذلك عند قوله ولو كان القاتل من اهل الكوفة وله بها عطاء فحول ديوانه بالبصرة **قوله** فانتقل ولاء اي ولاء تفسير قوله تبدل حكما **قوله** الا بما شوا داوه يعني لا يشتركون فيه بل يقع ذلك من النبي او لا قبل ضم اقرب القبائل اليهم

كتاب الوصايا

وانما ذكر كتاب الوصايا في اخر الكتاب لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت والموت اخر احوال الادمي فناسب ذكر هذا الكتاب في اخر الكتب لا للوصية تعلقا باخر احوال الانسان وللوصية زيادة مناسبة بكتاب الجنايات لان الجناية على النفس تفضي الى الموت الذي تعلق به الوصية ثم اعلم ان الوصية والوصاة بالقصر اسمان بمعنى المصدر ومنه قوله تعالى حين الوصية ثم سمي الموصى به وصية ومنه قوله تعالى من بعد وصية توصون بها او دين والوصاية بالكسر مصدر الوصي وقيل الوصية طلب شيء من غيره ليفعله على غيب منه حال حيوته وبعد وفاته واما الوصية شرعا فتمليك مضاف الى ما بعد الموت بطريق التبرع سواء كان ذلك في المنافع او في الاعيان لان التمليك انواع فلا بد لكل نوع من اسم خاص يتميز عن صاحبه فالبيع اسم لتمليك عين المال بعوض في حالة الحيوة والهبة والصدقة في حالة الحيوة بغير عوض بطريق التبرع والعارية تمليك المنفعة بطريق التبرع في حالة الحيوة فتكون الوصية اسما لتمليك المال بعد الموت بطريق التبرع

في العين والمنافع جميعًا ثم الوصية مشروعة بالكتاب بقوله تعالى من بعد
وصية يوصي بها او دين وبالاحاديث الواردة في باب الوصية والاجماع
انعقد على مشروعيتها ايضًا وكذلك الايصاء ايضًا مشروع وهو جعل الرجل وصيًا
في تركته ليقوم بمصالح اولاده بالكتاب والسنة والاجماع الامة اما الكتاب
فقوله تعالى وان تقوموا لليتامى بالقسط والقيم في امر اليتيم هو الوصي واما
السنة فما روي في الاصل عن حمزة بن عبد المطلب رضي الله عنه انه اوصى الى زيد بن
حارثة حين استشهد يوم احد في تركته واجماع الامة على هذا من لدن رسول
الله صلى الله عليه وسلم الى يومنا هذا كلهم يختارون ثقاتهم في تركاتهم عند خوف
ضياع اولادهم وتركاتهم والقياس ان يكون كلاهما باطلا لان الاول
تمليك مضاف الى حال زوال مالكيته والثاني انابة غيره منابه مضافا الى حال زوال
ولايته ولكنا جوزنا بالكتاب والاثار ثم اختلفوا في صفة المشروعية
قال بعضهم انها مشروعة بصفة الوجوب في حق الكل لما روى البخاري
في الصحيح مسندًا الى ابن عمر رضي الله عنهما ان رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ما
حق امرئ مسلم له شيء يوصي فيه يبيت ليلتين الا ووصيته مكتوبة عنده وقال
بعضهم واجبة في حق الوالدين والاقربين لقوله تعالى كتب عليكم اذا حضر
احدكم الموت ان ترك خيرًا الوصية للوالدين والاقربين والصحيح انها
مشروعة بطريق الندب وعليه جمهور الفقهاء لانه اثبات حق في ماله بعده
فلم يكن واجبًا كالهبة والعارية ولان ما لا يلزمه حال حياته لا يلزمه
بعد موته كالاجارة والبيع وقوله تعالى الوصية للوالدين منسوخ بما روي في
السنن مسندًا الى ابي امامة رضي الله عنه قال سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم
يقول ان الله قد اعطى كل ذي حق حقه فلا وصية لوارث ومثل هذا الحديث مشهور

تلقته العلماء بالقبول ونسخ الكتاب بمثله جائز عندنا وهو حجة على الشافعي
حيث يعتقد عدم جواز نسخ الكتاب بالسنة وقد انتسخ بها وقال ابو بكر
الرازي انتسخت هذه الاية بقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين فانه نص على
الميراث بعد وصية منكرة فلو كانت الوصية للوالدين والاقربين ثابتة بعد نزول
هذه الاية لذكرها معرفة لان تلك وصية معهودة وانما حمل الرازي على هذا لانه
كان لا يجوز نسخ الكتاب الا بالخبر المتواتر وقال في شرح التاويلات دعوى
النسخ بهذه الاية لا يصح لان في الاية الاولى ان الله تعالى فرض على الموصي الوصية
للوالدين والاقربين وفي الاية الثانية بين انه اوصى الله تعالى لهم من غير ان نفى
الوصية عن الموصي ولا نهاهم عنها فيجب ان يجمع بينهما بقدر الامكان حتى لا ينسخ
الحكم الثابت بالكتاب من غير ضرورة والوجه في الاية ان الوصية للوالدين
والاقربين منسوخة بقوله عليه السلام فلا وصية لوارث وقال في صحيح
البخاري مسندًا الى عطاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال كان المال للولد وكا
الوصية للوالدين فنسخ الله ذلك ما احب فجعل للذكر مثل حظ الانثيين وجعل للابوين
لكل واحد منهما السدس وجعل للمراة الثمن او الربع وللزوج الشطر او الربع فان قيل
ان هذا تخصيص وليس بنسخ لان قوله تعالى الوصية للوالدين انصرف الى الوالدين
المسلمين او الكافرين وكذلك الزوجة وقوله عليه السلام لا وصية للوارث
انصرف الى الوالدين والزوجة اذا كانوا ورثة فلا فرق بين الاية والخبر
قلنا لا يجوز انصراف الاية الى الوالدين الكافرين لان كلام الحكيم ينصرف
الى الامر الظاهر ولا ينصرف الى الشاذ النادر فمتى ذكر الوالدان فانما يفهم منهما
الوالدان المعروفان وهما المسلمان ولا يفهم الوالدان الكافران فثبت انه
لا يجوز صرف الاية اليه والجواب عن الحديث الذي استدلوا به على الوجوب في

حق الكل فنقول لا نسلم انه يدل على الوجوب لم لا يكون المراد منه الندب على
انا نقول الحديث ورد شاذا فيما تعم به البلوى والوجوب لا يثبت بمثله ٥ واما
شرائط صحة الوصية فمنها اهلية التبرع حتى لا يصح من الصبي والعبد والمكاتب في
حق المولى ٥ ومنها التقدير بثلث التركة حتى انها لا تصح فيما زاد على الثلث الا ان تجيز
الورثة واجازتهم وردهم يصح بعد الموت ولا يصح قبل الموت لان الملك بالوصية
يثبت بعد الموت ٥ ومنها ان لا يكون الموصى له وارثا الا ان تجيز الورثة
فان اجاز بعض الورثة ينفذ بقدر حصته من الميراث لا غير ومنها ان لا يكون
قاتلا ولو اجاز الورثة تجوز عند ابي حنيفة ومحمد لان المنع لحقهم كما في وصية
الوارث وعند ابي يوسف لا تجوز لان المنع لحق الله تعالى كالميراث ومنها
ان يكون الموصى له موجودا حتى لو اوصى للجنين ان كان موجودا عند الايصاء يصح
والا فلا وانما يعرف ذلك بان ولد قبل ستة اشهر قوله قال الوصية
غير واجبة وهي مستحبة ٥ اي قال القدوري في مختصره وانما قال بالاستحباب
بعد نفي الوجوب ردا لقول البعض انها واجبة لانه لا يلزم الاستحباب من
نفي الوجوب لجواز الاباحة وذلك لان الوصية مشروعة لنا لا علينا لما
روى الطحاوي في شرح الاثار مسندا الى ابي هريرة رضي الله عنه قال قال
صلى الله عليه وسلم ان الله تعالى جعل لكم ثلث اموالكم في اخر اعماركم زيادة
في اعمالكم وروى ابن ماجة في سننه وقال حدثنا علي بن محمد قال حدثنا
وكيع عن طلحة بن عمرو عن عطاء عن ابي هريرة رضي الله عنه قال قال رسول
الله صلى الله عليه وسلم ان الله تصدق عليكم عند وفاتكم بثلث اموالكم زيادة
لكم في اعمالكم والمشروع لنا لا يكون فرضا ولا واجبا بل يكون مندوبا ٥
ولان هذا نوع تبرع بعد الوفاة فيعتبر بالتبرع قبل الوفاة وذلك مندوب

فكذا هذا والكلام من منتوفي قبل هذا قال ابو الحسن الكرخي في مختصره الوصية
محثوث عليها مرغب فيها غير مفروضة ولا موجبة وهي في ثلث مال الموصي بعد الدين
والمواريث بعدهما لقول الله عز وجل بعد ذكر المواريث من بعد وصية يوصي بها او دين
وقال الكرخي ايضا الوصية ما اوجبها الموصي في ماله متطوعا بها من
غير ان يستحق ذلك عليه وسواء اوجبه بموته او في مرضه الذي مات فيه مثل
ان يقول اعطوا زيدا من مالي الف درهم او تصدقوا عني بالف او حجوا عني او
اعتقوا عني او يقول فلان حر بعد موتي او يامر بذلك في شيء من القرب بعد موته وكذ لك
ان فعل ذلك في مرضه الذي مات فيه فتصدق او اطعم او كسا او اعتق او وهب
شيئا من ماله وكذلك ما اوجبه بموته فاما ما كان موجبا بموته فسواء اوجبه
يقول في صحته او مرضه فهو كله وصية فاما ما اوجبه بغير شرط الموت فما كان منه
في صحته فليس ذلك بوصية وهو جائز عليه في جميع المال وما كان في مرض براء
منه فهو كذلك مثل الصحة وما كان في مرضه الذي مات فيه فان ذلك من ثلثه
لا يجاوز به الثلث الا ان يجيز ذلك الورثة وما اخبرتك انه وصية فان ذلك
كله في الثلث وان كان ذلك لوارث او في بعضه وارث فانه باطل لان رسول
الله صلى الله عليه وسلم قال لا وصية لوارث واجمع على ذلك المسلمون
الا ان يجيز ذلك الورثة فيجوز عندنا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله تعالى
قوله والقياس يابى جوازها ٥ اي جواز الوصية وجه القياس
ما قلنا قبل هذا ووجه الاستحسان الكتاب وهو قوله تعالى من بعد
وصية يوصي بها او دين ٥ والسنن الواردة في هذا الباب واجماع الامة ويدل
عليه نوع من المعقول وهو ان الانسان المغتر اذا نظر في احواله السابقة
وتفكر فيما فرط في ايامه من تقصيره بتحصيل الثواب بايثار ماله جبر المافات

فجوزت الوصية بقدر الثلث ابقاء ما لكيته بعد الموت دفعا لحاجته كما بقيت مالكيته
في قدر التجهيز والدين دفعا لحاجته ايضا قوله وفات البيات ه اراد
بالبيات الهلاك والموت والبيات اسم بمعنى التبييت وهو ان ياتي العدو ليلا
قوله الى تلافي بعض ما فرط منه ه من التفريط اي الى تدارك بعض ما سبق
منه من التقصير قوله ومثله في الاجارة بيناه ه يعني كما ان الوصية لا
تجوز في القياس وتجوز في الاستحسان فكذلك الاجارة لا تجوز في القياس
لانها تمليك منفعة معدومة ولكنها جوزت استحسانا دفعا لحاجة الناس
قوله لما بيناه اشارة الى وجه الاستحسان من المنقول والمعقول ه
قوله وسنبين ما هو الافضل به فيه ه اي في فعل الوصية او في قدر
الوصية واشار بذلك الى ما قال بعد ورقة بقوله ويستحب ان يوصي الانسان
بدون الثلث قوله قال ولا تجوز بما زاد على الثلث ه اي قال القدوري
في مختصره والاصل في ذلك ما روى محمد بن الحسن في كتاب الآثار وقال
اخبرنا ابو حنيفة قال حدثنا عطاء بن السايب عن ابيه عن سعد بن ابي وقاص
رضي الله عنه قال دخل النبي صلى الله عليه وسلم يعودني فقلت يا رسول
الله اوصي بمالي كله قال لا قلت فبالنصف قال لا قلت فبالثلث قال الثلث والثلث
كثير لا تدع اهلك يتكففون الناس وفي رواية صحيح البخاري انك
ان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس ولان
ما شرع لحاجة العبد يبقى ما لكيته فيه بعد الموت لان الموت لا ينافي الحاجة
بل يحققها اذ الموت معنى ينافي الحيوة وهو عجز كله والحاجة تعقب تحيير المطلوب
ولهذا قدم تجهيزه ثم ديونه ثم وصاياه على الارث وبقيت مالكيته في الوصية
ليتدارك بعض تقصيراته السالفة لانه يحتاج الى التدارك مقدرة بالثلث ه

بالحديث ولم تجز وصيته بالثلث ايضا في حق الورثة بالحديث الآخر والمعنى فيه
ان حال مرض الموت حال استغنائه عن المال فاذا كان كذلك كان اولى الناس
بماله اقرب الناس اليه من الورثة ولكن استغناؤه عن المال في قدر الثلث لم يظهره
الشرع في حق الاجنبي فبقينا حاجته في ذلك القدر في حق الاجنبي فصح ايصاؤه له
به وقد اظهر استغناءه في حق الوارث فلم يصح ايصاؤه له اصلا بقوله عليه السلام
ولا وصية لوارث والمعنى في ذلك انه لو صح في حق الوارث يلزم قطيعة
الرحم بايثار الموصي بعض الورثة على البعض لانه يلزم من ذلك تاذي من لم يوص له
قالوا في حديث سعد رضي الله عنه فوايد منها ان من حق المريض ان يعاد
ومنها انه لا باس للانسان ان يستفتي من المفتي وان لم يات بيت المفتي
ومنها ان الوصية بما زاد على الثلث لا تجوز ومنها ان عدم الجواز لحق
الورثة حيث اشار اليه بقوله لان تدع ورثتك اغنياء خير ومنها ان
المستحب في الوصية ان يوصي بما دون الثلث لقوله عليه السلام الثلث والثلث
كثير ومنها ان الغني الشاكر افضل من الفقير الصابر لقوله عليه السلام
لان تدع ورثتك اغنياء خير وفي ان الغني الشاكر افضل او الفقير الصابر
كلام بين المشايخ مر في كتاب الهبة وفي عامة روايات الحديث المذكور
روي الشطر مكان النصف وهو بمعنى النصف ه والعالة جمع عايل وهو
الفقير ه تكفف السايل واستكف اذا بسط كفه بالسوال او سال الناس كفا
من طعام او ما يكف الجوعة كذا في الفايق في الشين مع الطاء قوله لم يظهره
الضمير البارز فيه وفي قوله اظهره الى الاستغناء قوله تحرزا عما يتفق
من الايثار ه اي احترازا عما يتفق من ايثار الموصي بعض الورثة على البعض في الوصية
لانه حينئذ يتاذى البعض الآخر فيفضي ذلك الى قطع الرحم وهو حرام بالنص قوله

على ما نبينه ان شاء الله اشارة الى قوله عند قوله ولا تجوز لوارثه ولانه يتاذى البعض بايثار
البعض قوله وقد جاء في الحديث الحيف في الوصية من اكبر الكبائر قلنا
في صحة هذا الحديث نظر ومع هذا يروى الحيف بالحاء المهملة المفتوحة وبالياء
الساكنة بمعنى الجور ويروى بالجيم والنون المفتوحتين بمعنى الميل منه
قوله تعالى فمن خاف من موص جنفا او اثما وفسروه في الاية بالوصية
بما زاد على الثلث وبالوصية للوارث ولكن قال في الغريبين وفي الحديث
انا نرد من جنف الظالم ما نرد من جنف الموصي وقال في الفائق الحائف
الميل والجنف والاجناف كذلك ومنه حديث عروة يرد من صدقة الحائف في
حياته ما يرد من وصية المجنف عند موته الى هنا لفظ الفائق قوله الا
ان يجيزها الورثة وهذا لفظ القدوري وهو استثناء من قوله ولا يجوز بما
زاد على الثلث قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي
ولو اوصى باكثر من الثلث لم تجز الفضل على الثلث الا ان يجيزوا الورثة بعد موته وهم
كبار لان عدم الصحة لحقهم فمتى رضوا بسقوط حقهم نفذ تصرفه ولو اجازوا في حياته
ثم ردوه بعد موته كان لهم ذلك وكذلك ان كانت الوصية للوارث فهو
على هذا ان اجازوها بعد الموت ليس لهم ان يرجعوا عن ذلك وان كان في حال
الحيوة لهم ان يرجعوا بعد الموت وهذا عندنا وقال ابن ابي ليلى ليس
لهم ان يرجعوا في الوجهين لان حقهم ثبت في مرض الموت فاذا مات تبين انهم اسقطوا
حقهم بعد ثبوته فصح قلنا ان حقهم ثبت عند الموت لانه انما يحكم بكون المرض
مرض الموت عند الموت ولكنه يستند الى اول المرض بعد ذلك والاستناد لا
يعمل الا في القائم وتصرفهم حين وقع اجازة وقع لغوا لانه لم يجز حق حينئذ لا حقيقة
الملك فلا يثبت له حكم الاجازة وهو منقض وان ظهر انه كان ثابتا لان ذلك

الحق ينقلب حقيقة عند الموت ولو اعملنا اجازتهم قبله لابطلنا الحقيقة بعد الموت
بذلك فلا يجوز لان الرضا بمجرد بطلان حق لا يدل على الرضا ببطلان حقيقة الملك
وقال محمد في الكتاب بلغنا ذلك عن ابن مسعود رضي الله عنه يعني ان
اجازة الورثة للوصية قبل الموت ليس بشيء قوله فكان لهم ان يردوه
اي للورثة ان يردوا ما اجازوا من الوصية الزايدة على الثلث بعد موت الموصي
اذا كانت اجازتهم في حيوته بخلاف ما اذا كانت الاجازة بعد الموت حيث لا يكون لهم
الرد بعد ذلك لانهم اسقطوا حقهم بعد ثبوته قوله لان الساقط متلاشي
يتعلق بقوله فكان لهم ان يردوه يعني انما كان للورثة رد ما اجازوه في حال
حيوة الموصي لان اجازتهم كانت ساقطة حينئذ لعدم مصادفتها محلها لان الحق
لم يثبت لهم الا عند الموت فلما كانت تلك الاجازة ساقطة كان لهم ردها لانها
لم تكن معتبرة ولا يقال اذا ثبت حقهم عند الموت يستند ذلك الى اول المرض
فبالموت يظهر ان حقهم كان ثابتا قبل الموت فتصح اجازتهم لانا نقول الاجازة
حين وقعت سقطت وتلاشت لعدم مصادفتها محلها وان الاستناد انما يظهر
في حق القايم لا في المتلاشي كما في العقود الموقوفة اذا لحقتها الاجازة فانما تصح
اذا كان المعقود عليه قايما لا هالكا وكثبوت الملك في المغصوب اذا ادى
ضمانه قوله وكل ما جاز باجازة الورثة يتملكه المجاز له من قبل الموصي
عندنا ومن قبل الوارث عند الشافعي ذكره تفريعا قال في مختصر
الاسرار اذا اوصى بجميع ماله فاجازت الورثة كان تمليكا من الميت وكذلك الوصية
للوارث خلافا لاحد قولي الشافعي يكون هبة من الورثة ان قبضت صحت والا بطلت
لنا قوله عليه السلام لا وصية لوارث الا ان يجيزها الورثة فدل على
انهم اذا اجازوها كانت وصية لانه اثبت بالاستثناء ما نفاه ولانه عقد

على ملك نفسه مع تعلق حق الغير به فاذا اسقط الغير حقه نفذ العقد من جهته كما
لو اوصى وعليه دين فابراه الغريم وكالراهن اذا باع الرهن فاجازه المرتهن ولان
الهبة المبتداة لا تجوز بلفظ الاجازة فلما جازت الوصية بهذا اللفظ دل
ان الاجازة امضاء لعقد الموصي قالوا ملك للوارث ملكه بموت الموصي فوجب
ان يكون تمليكا منه كما لو وهب ملك نفسه قلنا ملك الوارث عندنا
ملك مراعى فاذا اجاز عقد الموصي رد الملك واسقط حقه عنه فنفذ فيه حق الميت
والمعنى في الهبة المبتداة انها تفتقر الى لفظ يصح ابتداء العقد به فلما لم يفتقر
هنا الى لفظ يجوز ابتداء العقد به لم يكن تمليكا من الوارث وفائدة تملك
المجاز له وهو الموصى له من قبل الموصي صحة الاجازة في المشاع وكونه مالكا له قبل
التسليم وكون الوارث مجبورا بالتسليم بعد الاجازة ولو كانت هبة مبتداة من الوارث
انعكست الاحكام فعلى ما قال الشافعي لا يجبر على التسليم ولا ملك قبل التسليم ه
قوله قال ولا يجوز للقاتل ه اي قال القدوري في مختصره قال صاحب
الهداية عامدا كان او خاطئا بعد ان كان مباشرا وانما قيد بالمباشرة لانه اذا لم
يكن مباشرا لا يتعلق به حرمان الميراث وبطلان الوصية ولا تجب الكفارة
ايضا كما في حافر البئر وواضع الحجر في غير ملكه وعند مالك تصح الوصية
للقاتل وعن الشافعي ثلاثة اقوال في قول تصح وفي قول لا تصح وفي قول
فرق بين الوصية للجارح وبين الجارح بعد الوصية له فانه يستعجل حقه كالارث كذا
في وجيزهم احتج من جوز بانه اجنبي منه فتصح الوصية له كغير القاتل ه
ولنا ما قال محمد في الاصل بلغنا عن علي رضي الله عنه انه لم يجعل للقاتل
ميراثا وعن عمر رضي الله مثله وروي عن علي رضي الله عنه في الاسرار
وغيره انه قال لا وصية لقاتل ولا مخالف له فحل محل الاجماع وروي عن عبيدة

السلام في كتب التفسير انه قال لم يورث قاتل بعد صاحب البقرة ولان
القاتل استعجل ما اجله الله لان الموصى له يملك الوصية بعد موت الموصي فبالقتل
استعجل ذلك فيرد عليه كما في الوارث اذا قتل مورثه يحرم الميراث لانه استعجل ما
اخره الله تعالى او نقول الوصية ينتقل الملك فيها بعد الموت فيمنع منه
القتل كالارث ولان الموصى له شريك الوارث يزيد حقه بزيادة المال وينقص
بنقصان المال فاذا اسقط القتل اقوى الحقين اسقط الآخر يوضحه ان الميراث
يتعلق بسبب لا ينفسخ والوصية تتعلق بسبب ينفسخ فاذا منع القتل اقوى الحقين فلان
يمنع اضعفهما اولى فان قيل يجوز ان يمنع الارث ما لا يمنع الوصية كالكفر
قلنا الكفر لما منع الارث منع الوصية لانها لا تجوز للحربي فكذلك القتل
يجب ان يؤثر في الوصية ولان الموصى له بالجرح استعجل ما اخره الله تعالى عنه
بفعل محظور فصار المقتول كالحي في حقه فهو كالوارث اذا جرح المورث ولا يلزم
ام الولد اذا قتلت مولاها لان عتقها يجوز ان يتعلق بالموت ويجوز ان يتقدمه
بان يعتقها فلم تستعجل ما حكم الله بتاخيره والوصية لا تملك الا بالموت فان قيل
الموصي بعد الجرح يقدر على الرجوع عن وصيته فاذا لم يفعل فقد رضي بها والمجروح لا يقدر
على اسقاط الارث فلذلك سقط الارث قلنا اذا سقط بالقتل ما لا يصح الرجوع
عنه فاولى ان يسقط ما يصح الرجوع عنه فان قيل اعتبار الوصية بالميراث
ليس بصحيح لان محل كل واحد مختلف لان مستحق الميراث القريب ومستحق الوصية
الاجنبي قلنا افتراقهما من هذا الوجه لا يمنع استواءهما في ان كل واحد منهما
يحرم بسبب القتل الا ترى ان ما يستحق بعقد النكاح غير ما يستحق بالقرابة
فان الابن يستحق بالقرابة عن ابيه ولا يستحق بالنكاح وعكسه الزوجة ثم افتراقهما من
هذا الوجه لا يمنع استواءهما في الحرمان بسبب القتل قالوا من صحت له

الوصية اذا لم يكن قاتلا لاصحت اذا كان قاتلا للصبي قلنا الصبي لا يتعلق بفعله
القود فلم يتعلق به حرمان الوصية والبالغ بخلافه قالوا ما لا يمنع الوصية في
الصغير لا يمنعها في الكبير اصله حفر البير قلنا لا نسلم ان حفر البير قتل والمعنى
في الحافر انه لم يوقع فعلا في الواقع ولا فيما اتصل به فلم يمنع الوصية بفعله والمباشر
اوقع الفعل في المقتول فاثر ذلك في منع استحقاق ما يستحق بالموت كالميراث قوله
فيحرم الوصية على صيغة المبني للمفعول والوصية منصوب لانه مفعول ثان بقي على
حاله والاول قام مقام الفاعل قوله ولو اجازتها الورثة جاز عند ابي حنيفة
ومحمد وقال ابو يوسف لا يجوز ذكره على سبيل التفريع قال القدوري في كتاب
التقريب اذا اوصى لقاتله واجازت الورثة لم تجز وقال محمد تجوز لابي يوسف
ان منع الوصية للقاتل لحق الله تعالى عقوبة على ما فعله من القتل فصار كالحد ولانه
حرم الوصية لاجل القتل كما حرم الميراث فاذا لم تعمل الاجازة في احدهما كذلك في
الآخر ولمحمد ان المنع من الوصية لحق الوارث لان المال بعد موته يتوقف بطلت
على اجازتهم كالوصية بجميع المال والوصية للوارث قال القدوري وروي
عن ابي حنيفة مثل قول محمد وقال في شرح الطحاوي وفي كل موضع يحتاج الى الاجازة
فانما تجوز اذا كان المجيز من اهل الاجازة نحو ما اذا اجاز وهو بالغ عاقل صحيح ولو
اجاز وهو مجنون او صغير لم تجز اجازته ثم قال في شرح الطحاوي ولو اجاز بعض
الورثة ولم يجز البعض ففي حق الذين اجازوا كان كلهم اجازوا وفي حق الذي لم يجز كان
كلهم لم يجيزوا وبيانه ذلك اذا مات الرجل وترك ابنين واوصى لرجل بنصف ماله
فان اجازت الورثة فالمال بينهم ارباعا للموصى له ربعان وهو النصف وربعان للابنين لكل
واحد منهما ربع المال ولو لم يجيزا فللموصى له ثلث المال والثلثان للابنين لكل واحد منهما ثلث
المال ولو اجاز واحد ولم يجز الآخر جاز في حق الذي اجاز كانهما اجازا ويعطى له ربع المال

وفي حق الذي لم يجز كانهما لم يجيزا فيعطى له ثلث المال والباقي يكون للموصى له فيجعل المال
على اثني عشر لحاجتنا الى الثلث والربع فالربع للذي اجاز وهو ثلثة اسهم والثلث للذي لم يجز
نها وهو اربعة ويبقى خمسة فهي للموصى له قوله ولانهم لا يرضونها للقاتل كما لا يرضونه
لاحدهم ه اي لا يرضى الورثة الوصية للقاتل كما لا يرضون لاحد الورثة
بيانه ان المريض محجور عن التصرف في ماله لحق الورثة الا فيما استثنى الشرع عن حق
الورثة والشرع انما استثنى الثلث في حق من لم يتاذ به الورثة لا في حق من يتاذون
فالورثة يتاذون بوضع المال عند القاتل كما يتاذون بوضع المال عند الوارث فبقي
الحجر لتعلق حق الورثة كما كان قوله قال ولا يجوز لوارثه ه اي قال
القدوري في مختصره وتمامه فيه الا ان يجيزها الورثة وذلك لما روينا من حديث السنن
مسندا الى ابي امامة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال ان الله تعالى اعطى كل ذي حق
حقه فلا وصية لوارث ه ولان الوصية للوارث لو صحت يلزم قطيعة
الرحم بين الورثة بسبب ايثار البعض على البعض بالوصية حيث يتاذى البعض الذي حرم
الوصية وقطع الرحم حرام بالنص فكذا ما كان سببا لحصوله قال الفقيه ابو
الليث في كتاب نكت الوصايا وفائدة البطلان ان الوصية لو جازت للوارث فربما
يوصي الانسان لبعض ورثته من هو احب اليه فيقع بين ورثته العداوة والبغضاء
فيؤدي ذلك الى الفساد وما كان يؤدي الى الفساد فهو فاسد وهذا كما روي
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه نهى عن تزويج المراة على عمتها او على خالتها والمعنى
في ذلك انه يؤدي الى ان يقع بينهما عداوة فيؤدي ذلك الى قطيعة الرحم وكما
روي انه عليه السلام نهى عن تخصيص بعض ولده في العطية لما يؤدي الى العداوة بين
الاولاد فكذلك هنا لما كان يؤدي الى العداوة وقطع الرحم نهى عن الوصية للوارث
الا ان يجيزها الورثة وقد ورد الحديث بلفظ الاستثناء ايضا في بعض الروايات ولان

المنع لحق الوارث فاذا اجاز جازت ثم يعتبر كونه وارثا عند الموت لا وقت الوصية
لان الوصية تمليك مضاف الى ما بعد الموت فيعتبر زمان التمليك لا قبله ولهذا
يعتبر في اجازة ما فوق الثلث في الوصية للاجنبي ورده ما بعد الموت لا قبله وكذلك
في قبول الايصاء وفايدته تظهر فيما اذا اوصى لاخيه ولا ابن له ثم ولد له ابن ثم مات الموصي
تصح الوصية ولو اوصى لاخيه وله ابن ثم مات الابن ثم مات الموصي بطل الوصية
قوله والهبة من المريض في هذا للوارث نظير الوصية لانه وصية حكما
حتى تنفذ من الثلث ه يعني كما ان في الوصية للوارث يعتبر كونه وارثا وقت
الموت فكذلك في هبة المريض مرض الموت لوارثه يعتبر كونه وارثا وقت الموت لان
منتجز جعلت وصية من حيث الحكم بدليل انها تنفذ من الثلث اذا كانت للاجنبي
كالوصية للاجنبي تنفذ من الثلث فكانت الهبة من الثلث تمليكا مضافا الى ما بعد
الموت فبيان مرض الموت مر في باب طلاق المريض قوله واقرار المريض لوارثه
على عكسه ه اي على عكس الحكم في الهبة يعني يعتبر كونه وارثا عند الاقرار لا عند الموت
لان الاقرار تمليك وتصرف في الحال من غير نظر الى ما بعد الموت ولهذا لو
اقر في مرض الموت لاجنبي بدين صح من جميع المال وفايدة هذا انه اذا لم يكن وارثا
عند الاقرار ثم صار وارثا ثم مات المقر لا يبطل اقراره ولكن هذا فيما اذا صار وارثا
بسبب حادث لان الاستحقاق مضاف الى السبب الحادث لا الى القرابة فاما
اذا صار وارثا بسبب القرابة لكن امتنع عملها المانع عمل السبب عمله من ذلك الوقت
ولهذا لو اقر لاجنبي ثم قال هو ابني ثبت نسبه وبطل اقراره فان اقر لاجنبية ثم
تزوجها لم يبطل اقراره وهي مسئلة القدوري وقد مرت في كتاب الاقرار وذكر في
وصايا الجامع الصغير لو ان المريض اقر لابنه بدين وهو نصراني او عبد ثم اسلم الابن او
اعتق العبد ثم مات الرجل فالاقرار باطل لانه حين اقر كان سبب التهمة بينهما قايما

وهو القرابة التي صار بها وارثا في ثاني الحال وليس هذا كالذي اقر لامرأة
ثم تزوجها لان سبب التهمة لم يكن قايما وقت الاقرار وعند زفر الاقرار صحيح لانه
وقت الاقرار لم يكن وارثا وقد مر في كتاب الاقرار فعن هذا عرفت ان ما ذكر
بعضهم في شرحه سهو منه لا يصح نقله وهو انه قال لو اقر لابنه بدين وابنه عبد
ثم اعتق ثم مات الاب وهو من ورثته فاقراره بالدين جايز لان كسب العبد لمولاه
الاقرار
فهذا حصل من المريض في المعنى للمولى والمولى اجنبي منه قوله الا ان
تجيزها الورثة استثناء من قوله ولا تجوز لوارثه قوله ويروى هذا
الاستثناء فيما رويناه ه اي يروى قوله الا ان تجيزها الورثة في الحديث الذي رويناه
في بعض الروايات يعني يروى لا وصية لوارث الا ان تجيزها الورثة وفيه نظر ه
قوله ولو اجاز بعض ورد بعض تجوز على المجيز بقدر حصته ذكره على سبيل
التفريع قال الكرخي في مختصره فان اجاز بعض الورثة ما كان موقوفا على اجازتهم
ورد بعضهم فان ذلك يجوز على المجيز منهم بقدر حصته مما اجازه في نصيبه خاصة
ويبطل ما في انصباء الرادين الى هنا لفظه رحمه الله وذلك لانه له ولاية على
نفسه دون غيره قوله قال ويجوز ان يوصي المسلم للكافر والكافر للمسلم
اي قال القدوري في مختصره واراد بالكافر الذمي لان الحربي لا تجوز له على ما
وافترقت الوصية والارث حيث لا يجري التوارث بين المسلم والذمي وتجري الوصية
بينهما وذلك لان الارث ولاية بطريق الخلافة لان ما كان للمورث كان
للوارث ولا ولاية مع اختلاف الدين واما الوصية فتمليك مبتدا ولهذا
لا يرد الموصى له بالعيب ولا يصير مغرورا فيما اشتراه الموصي بخلاف الوارث والاصل
فيه قوله تعالى لا ينهاكم الله عن الذين لم يقاتلوكم في الدين ولم يخرجوكم
من دياركم ان تبروهم وتقسطوا اليهم ان الله يحب المقسطين ه وذلك لانهم

اذا لم يخرجوكم من دياركم ولم يؤذوكم فهذا بر منهم فالعدل معهم ان تبروهم انتم
ايضا بحسن المعاشرة والصلة بالمال كذا في التيسير والوصية لهم بالمال من البر
فكانت جايزة ولانه من اهل دار الاسلام فجاز وصية المسلم له كالمسلم قال
الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا وروي عن صفية بنت حيي بن
اخطب زوجة رسول الله صلى الله عليه وسلم انها اوصت بثلث مالها لاخيها وهو
يهودي وكان ذلك بمحضر الصحابة رضوان الله عليهم فلم ينكروا عليها ه واما جواز
وصية الكافر للمسلم فلان من جاز وصية المسلم له جاز وصيته للمسلم كالمسلم قوله
وفي الجامع الصغير الوصية لاهل الحرب باطلة والاصل فيه قوله تعالى انما
ينهاكم الله عن الذين قاتلوكم في الدين واخرجوكم من دياركم وظاهروا على
اخراجكم ان تولوهم ومن يتولهم فاولئك هم الظالمون ه قالوا في شروح
الجامع الصغير وفي السير الكبير ما يدل على الجواز فوجه التوفيق بين الروايتين انه
لا ينبغي ان يفعل وان فعل جاز لانه اهل للتملك اما وصية الحربي للمسلم او ذمي
بماله كله فذلك جايز وسنجي بيانه في باب وصية الذمي وقال في مختصر
الاسرار اذا اوصى المسلم للحربي لم تصح الوصية مع اختلاف الدار لقوله تعالى انما ينهاكم
الله عن الذين قاتلوكم في الدين الاية ولان في دفع الوصية اليهم تقوية لهم على
حربنا وفي تكثير مالهم اضرار بالمسلمين فصار كما لو اوصى بالسلاح وبالعبد المسلم ولان
من لا تجوز الوصية له بالعبد المسلم لا تجوز الوصية له بالمال كالوارث قوله
قال وقبول الوصية بعد الموت فان قبلها الموصى له في حال الحيوة او ردها فذلك باطل
اي قال القدوري في مختصره ه اعلم ان قبول الموصى له شرط لافادة الملك في الموصى
به حتى لا يملك قبل القبول الا في مسئلة واحدة سنجي بعد هذا بيانها وعند زفر القبول
ليس بشرط كالميراث وسنجي البحث معه بعد هذا ثم القبول لما كان شرطا عندنا

اعتبر ذلك بعد موت الموصي حتى اذا قبل الموصى له او رد في حيوة الموصي فذلك باطل وذلك
لان الوصية تمليك يتعلق بالموت الا ترى انه لو اوصى بثلث غنمه او بثلث ماله
استحق الموصى له ثلث ما يوجد في ملك الموصي عند الموت ولا يعتبر ما كان في ملكه وقت
الوصية واذا كان عقد الوصية ينعقد عند الموت كان القبول بعد ذلك وما يوجد من
القبول والرد قبل الموت لا يعتد به لانه قبل الايجاب وقال الكرخي في
مختصره قبول الموصى له ورده انما يكون بعد موت الموصي ولا ينظر الى رده ولا
الى اجازته قبل الموت واذا قبل الموصى له بعد موت الموصي ملك ما اوصى له به اذا كان
قدر الثلث فان لم يقبل بعد الموت فالوصية موقوفة على قبوله لا تصير في ملكه حتى
يقبل وهي خارجة عن ملك الموصي بموته ليست في ملك الوارث ولا في ملك الموصى له
حتى يقبل او يموت الموصى له فيكون ما اوصى له لورثته من بعده وموته كقبوله
عند اصحابنا ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد رحمهم الله وجعلوا ذلك بمنزلة البيع
اذا كان الخيار فيه للمشتري دون البايع فمات المشتري في الثلاث فان البيع يتم
ويكون السلعة موروثة عن المشتري الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله قوله
قال ويستحب ان يوصي الانسان بدون الثلث ه اي قال القدوري في مختصره
قال صاحب الهداية وسوا كانت الورثة اغنيا او فقراء وذلك لان
النبي صلى الله عليه وسلم اجاز الوصية لسعد بالثلث مع انه استكثره حيث قال
الثلث والثلث كثير فعلم ان الاستحباب في الوصية بما دون الثلث وان كان الثلث
جايزا اذا كان للاجنبي والمعنى فيه انه اذا نقص عن الثلث في الوصية كان ما نقص صلة
للقريب فاذا استكمل الثلث استوفى تمام حقه فلا يحصل الصلة للقريب قوله ثم
الوصية باقل من الثلث اولى ام تركها قالوا اذا كانت الورثة فقرا والتركة قليل
فترك الوصية اولى لقوله عليه السلام لان تدع ورثتك اغنيا خير من ان تدعهم

عالة يتكففون الناس ولانه فيه صدقة على القريب وهو افضل لقوله عليه السلام افضل الصدقة على ذي الرحم الكاشح رواه ابو ايوب الانصاري في مسند احمد والكاشح هو الذي يضمر العداوة في كشحه وهو الخاصرة ولانه فيه رعاية الحقين جميعا حق الفقراء وحق القرابة وذلك لان الوارث فقير ايضا وقد كان ترك الوصية عليهم انفع في حق الموصي لانه يحصل له الثواب ولا يتاذى الاجانب بعدم الوصية لهم ولو اوصى يحصل له الثواب ولكن يتاذى به الاقارب ودفع الاذى عنهم واجب فاما اذا كانت الورثة اغنياء او التركة كثيرا فان شاء اوصى وان شاء ترك لان كل واحد منهما خير من وجه احدهما صدقة والاخر صلة وبعضهم قالوا الوصية افضل الى الثلث لانه يحصل به تدارك ما قصر في حيوته والتدارك انما يقع بالصدقة ومعنى الصدقة بالوضع عند الاجانب اكمل وقال في شرح الطحاوي الافضل لمن كان له مال قليل ان لا يوصي بشيء اذا كانت له ورثة لان الوصية صلة للاجانب ولو لم يوص فانه يكون صلة لاقربائه فهذا اولى والافضل لمن كان له مال كثير ان لا يجاوز الثلث فيما لا معصية فيه ونقل في خلاصة الفتاوى عن الامام الفضلي اذا كانت الورثة صغارا فترك الوصية افضل قال هكذا روي عن ابي يوسف وان كانوا بالغين ان كانوا فقراء ولا يستغنون بثلثي التركة فترك الوصية افضل وان كانوا اغنياء يستغنون بالثلثين فالوصية افضل وقدر الاستغناء عن ابي حنيفة اذا ترك لكل واحد من الورثة اربعة الاف وفي الموضع الذي اراد ان يوصي ينبغي ان يبتدا بالقرابة فان كانوا اغنياء فبالجيران قوله والاولى اولى اي الصدقة على الاجنبي افضل قوله قال والموصى به يملك بالقبول اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته الى هنا لفظ القدوري

وعند زفر لا يتوقف ملك الموصى به على قبول الموصى له وهو احد قولي الشافعي لان الوصية اخت الميراث في ان كل واحد منهما يتعلق الملك فيه بالموت ثم الميراث يكون بلا قبول من الوارث فكذا الوصية تثبت بلا قبول الموصى له ولنا ان الوصية عقد يتضمن ايجاب ملك فيتوقف على القبول كالبيع بخلاف الميراث فانه يثبت للوارث بسبيل الخلافة بكونه قائما مقام المورث ولهذا يرد الوارث بالعيب ما اشتراه المورث من غيره رضاه بالعيب ويكون الوارث مغرورا فيما اشتراه المورث وليس كذلك الوصية ولانه عقد تبرع فلا بد من القبول كالهبة ولان احدا لا يملك ان يلزم غيره ملكا في شيء الا برضاه الا ترى انه لو اوصى له بتل تراب في داره فملكه الموصى له من غير رضاه لحقه ضرر بفعل الموصي لانه يلزمه نقله من بيته وهو لا يجوز وليس ثبوت الملك في الوصية كثبوته في الميراث ولهذا ليس للمورث ان يمنع الوارث عن الارث الا اذا منعه مانع شرعي نحو الرق والقتل وللموصي ان يمنع الموصى له عن الوصية لان رجوعه يصح فلما كان كذلك لم يلزم من عدم اشتراط القبول في الميراث عدم اشتراطه في الوصية لان الميراث يدخل في ملك الوارث بلا اختيار منه شاء او ابى وفي الوصية للموصى له الخيار ولهذا ترتد بالرد فلما ارتدت بالرد توقفت على القبول كالبيع والهبة ثم القبول كما قال في شرح الطحاوي على ضربين قبول بالصريح وقبول بالدليل فالصريح ان يقول بعد موت الموصي قبلت والدليل ان يموت الموصى له قبل القبول والرد بعد موت الموصي فيكون موته قبولا لوصيته ويكون ذلك ميراثا لورثته قوله قال الا في مسئلة واحدة وهو ان يموت الموصي ثم يموت الموصى له قبل القبول فيدخل الموصى به في ملك ورثته اي قال القدوري في مختصره وهذا استثناء من قوله والموصى به يملك بالقبول يعني في المسئلة المستثناة يملك بدون القبول قالوا وهذا

(بالموت)

استحسان والقياس ان تبطل الوصية لان تمامها موقوف على القبول وقد فات القبول فبطلت الوصية كما يبطل ايجاب البيع بموت المشتري قبل قبوله وجه الاستحسان ان الوصية قد تمت من جهة الموصي تماما لا يلحقه الفسخ وتوقفت على خيار الموصى له ان شاء قبل وان شاء رد فصار كالبيع المشروط فيه الخيار للمشتري فمات المشتري في الثلاث قبل الاجازة فان البيع يتم وتكون السلعة موروثة عن المشتري فكذا هنا تكون الوصية موروثة عن الموصى له ويكون موته بلا رد كقبوله دلالة **قوله** قال ومن اوصى وعليه دين يحيط بماله لم تجز الوصية ه اي قال القدوري في مختصره وتمام لفظه فيه الا ان يبرئه الغرماء من الدين وذلك لان الدين مقدم على الوصية بالاجماع وان كانت الوصية مقدمة عليه في الذكر في قوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين وانما قدم الدين عليها لانه اهم لانه فرض والوصية تبرع والاهم يقدم وذكر في التفسير عن علي رضي الله عنه انه قال انكم تقرؤن في كتاب الله تعالى الوصية قبل الدين واني سمعت رسول الله صلى الله عليه وسلم يقول الدين قبل الوصية ومعناه ان في الاية تقديما وتأخيرا ثم هما جميعا مقدمان على الميراث لقوله تعالى من بعد وصية يوصي بها او دين يعني ان الورثة لا يرثون الا بعد هذين فلما كان الدين مقدما على الوصية لم تجز الوصية قليلا كانت او كثيرا مع احاطة الدين الا ان يبرئ الغرماء الموصي من الدين فحينئذ تجوز وصيته في الثلث او في اكثر منه على تقدير اجازة الورثة او عدمهم لعدم المانع وهو الدين وهذا معنى قوله تنفذ الوصية على الحد المشروع ه واورد الزجاج في تفسيره في الاية المذكورة سؤالا وجوابا فقال فان قال قائل فلم قال او دين ولم لا كان من بعد وصية يوصي بها ودين فالجواب في هذا ان او تاتي للاباحة فتاتي لواحد واحد على الانفراد وتضم الجماعة فتقول جالس الحسن او الشعبي والمعنى جالس كل واحد من هؤلاء وهو اهل

ان يجالس فان جالست الحسن فانت مصيب وان جالست الشعبي فانت مصيب وان جمعتهما فانت مصيب ولو قلت جالس الرجلين فجالست واحدا منهما وتركت الاخر كنت غير متبع ما امرت به فلو كان من بعد وصية يوصي بها ودين احتمل اللفظ ان يكون هذا اذا اجتمعت الوصية والدين فاذا انفرد كان حكم اخر فاذا كانت او دلت على ان احدهما ان كان فالميراث بعده وكذلك ان كانا كلاهما قيل بلفظ او ه وقال في الكشاف فان قلت لم قدمت الوصية على الدين والدين مقدم عليها في الشريعة قلت لما كانت الوصية مشبهة للميراث في كونها مأخوذة من غير عوض كان اخراجها مما يشق على الورثة ويتعاظمهم ولا تطيب انفسهم بها فكان اداؤها مظنة للتفريط بخلاف الدين فان نفوسهم مطمئنة الى ادائه فلذلك قدمت على الدين بعثا على وجوبها والمسارعة الى اخراجها مع الدين ولذلك جيء بكلمة او للتسوية بينهما في الوجوب **قوله** قال ولا تصح وصية الصبي اي قال القدوري في مختصره وقال ابن الجلاب البصري المالكي في كتاب التفريع ووصية الصبي المميز جائزة وقال الغزالي في وجيزه ولا تصح الوصية من المجنون والصبي الذي لا يميز وفي الصبي المميز قولان وجه قول مالك ما ذكره في الموطا عن عبد الله بن ابي بكر عن ابيه ان عمرو بن سليم الزرقي اخبره انه قيل لعمر بن الخطاب رضي الله عنه ان هاهنا غلاما يفاعا لم يحتلم من غسان ووارثه بالشام وهو ذو مال وليس له هاهنا الا ابنة عم له فقال عمر رضي الله عنه مروه فليوص لها فاوصى لها بمال يقال له بئر جشم قال عمرو بن سليم فبيع ذلك المال بثلاثين الفا وابنة عمه التي اوصى لها هي ام عمرو بن سليم ولان هذا تصرف نافع لانه لو لم يوص به يزول عن ملكه ولا يثاب عليه في الاخرة وهذا نفع لا يحصل له من قبل غيره فوجب ان تعتبر اهليته القاصرة في تنفيذ مثله قياسا على

صوم التطوع وصلوة التطوع ولا يلزم الشافعي عدم اعتبار اسلامه وقبوله
الهبة والصدقة عنده لانه نفع يمكن تحصيله من جهة غيره فلا حاجة الى اعتبار
الاهلية القاصرة في ذلك ولنا ان الوصية تبرع محض بالاجماع والصبي ليس
من اهل التبرع ولهذا لا يملك التبرع بماله في حال الحيوة بالاجماع بالهبة
او الصدقة فكذا لا يملكه بطريق الوصية ايضا قياسا على الاعتاق ولا شك في
كونها تبرعا لان الوصية ازالة المال الى الغير بعد الموت بلا عوض يسلم له ظاهرا
ولا نعني بالتبرع بالمال الا هذا والجواب عن قول الخصم انه لو لم يوص يزول
عنه المال ولا يثاب وبالوصية يثاب قلنا لا نسلم انه لا يحصل له الثواب لان
ترك المال على الوارث سبب الثواب وسبب الخير الا ترى الى قول النبي صلى
الله عليه وسلم لان تدع ورثتك اغنياء خير من ان تدعهم عالة يتكففون الناس
والترك على الوارث ازالة الى من اختاره فكان اولى من الازالة الى من اختاره بنفسه
واختياره باهلية قاصرة لا يعتبر في مقابلة اختيار الشرع وفي الجواب عن حديث
عمر رضي الله عنه تخبط جواب المشايخ قال بعضهم يحتمل انه انما اوصى في تجهيز
نفسه واقامة مصالح نفسه ومثل ذلك يصح من الصبي عندنا وقال بعضهم
كان هو مدركا وانما سمي غلاما مجازا لقرب عهده بالبلوغ لانه لم يمض عليه زمان
كثير من وقت بلوغه وفيهما نظر عندي لانه صرح الراوي بانه اوصى لابنة
عم له بمال فكيف يسمى ذلك وصية بتجهيز نفسه وكيف يحتمل ان يقال انه كان
ادرك لكن سمي غلاما مجازا لانه صح في رواية الحديث انه كان غلاما لم يحتلم ه
والجواب الصحيح ان نقول من ادرك عصر الصحابة من التابعين كسعيد بن
المسيب والحسن والشعبي والنخعي يعتد بخلافه في اجماع الصحابة حتى لا يتم اجماعهم مع
خلافه ولهذا قال ابو حنيفة رضي الله عنه لا يثبت اجماع الصحابة في الاشعار لان

ابرهيم النخعي لكرهه وهو ممن ادرك عصر الصحابة فلا يثبت اجماعهم بدون قوله كذا ذكر
شمس الائمة السرخسي في اصوله في فصل خلاف التابعي قبل باب القياس ثم روى
اصحابنا في كتبهم عن الشعبي والنخعي والحسن انهم قالوا لا تجوز وصية المراهق فبطل
الاحتجاج بالاجماع لانه لا اجماع للصحابة مع خلافهم فبقي تقليد الصحابي وهو ليس
بواجب عند الخصم فكيف يحتج به على غيره وعندنا لا يجوز تقليده فيما يدرك بالقياس
على ما ذهب اليه الشيخ ابو الحسن الكرخي وما نحن فيه مما يدرك بالقياس فلا نقلده
والله اعلم وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وكذلك
ان اوصى ثم ادرك ثم مات لم تعتبر وصيته وان صار اهلا لانه وقع تصرفه لعدم
الاهلية فلا يتوقف وكذلك المجنون وكذلك اذا قال الصبي اذا ادركت ثم مت
فثلثي لفلان بخلاف العبد اذا قال ان اعتقت ثم مت فثلثي لفلان لان العبد من اهل
الوصية لكن منع تعلق حق الغير بكسبه فاذا اضافه الى حالة لاحقة لا حق لاحد فيها
في اكسابه والمولى لم يصح فاما الصبي فليس من اهل الوصية لخلل في شرايط الاهلية فلا
يعتبر تصرفه مضافا ومنجزا قوله اجاز وصية يفاع او يافع وهو الذي
راهق الحلم اي قاربه يقال غلام يفع ويافع ويفعة وقد ايفع يوفع ايفاعا اذا تحرك
وشب والجمع ايفاع واليفاع قطعة من الجبل والغلظ ترتفع عما حولها كذا في الجمهرة
قوله في سبل القرب اي القربة وهي ما يتقرب به الى الله تعالى قوله ولو
لم ينفذ يبقى على غيره اي لو لم تنفذ الوصية يبقى المال على غير الصبي ولو نفذت
يبقى ماله على نفسه حيث يكون له الثواب بالوصية بماله فكانت الوصية اولى من
تركها قوله ولنا انه تبرع ذكر الضمير الراجع الى الوصية على تاويل
الايصاء قوله والاثر محمول على انه كان قريب العهد بالحلم مجازا او كانت
وصيته في تجهيزه وهذا جواب عما تمسك الخصم بحديث عمر رضي الله عنه ولكنه

ليس بجواب مقنع وقد مر بيانه آنفا **قوله** والمعتبر في النفع والضرر النظر الى
اوضاع التصرفات لا الى ما يتفق بحكم الحال يعني ان الوصية في وضعها فيها ضرر
لزوال الملك عن الموصي وما كان في وضعه ضرر ليس بمشروع في حق الصبي الا ترى
ان الطلاق والعتاق لا يصحان من الصبي لانه ضرر لزوال الملك وان كانا قد
يقعان نفعا بحسب اتفاق الحال كما اذا كانت المراة ذميمة الوجه متخلقة باخلاق
رديئة لا يملك طلاقها حتى يتزوج اختها المصادفة لها في صفتها وان كان يحصل له
نفع في اختها وكذا لا يملك ان يعتق عبده وان كان يحصل له نفع من ارتفاع مونة النفقة
والكسوة وكذا الوصية لا تصح من الصبي لوجود الضرر في وضعها وان كان يحصل
نفع الثواب باتفاق الحال **قوله** قال ولا تصح وصية المكاتب وان ترك
وفاء اي قال القدوري في مختصره وذلك لان مال المكاتب لا يحتمل التبرع ولهذا
لا يصح عتقه وهبته فاذا لم يحتمل ماله التبرع لم تصح وصيته لانها تبرع لزوال الملك بلا
عوض **قوله** وقيل على قول ابي حنيفة لا تصح وعندهما تصح رد الى المكاتب
يقول كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر ثم عتق فملك والخلاف فيها معروف
عرف في موضعه يعني كما يصح اعتاق المكاتب عندهما في تلك المسئلة تصح وصية المكا
ايضا عندهما اذا ترك وفاء لانه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته وعند ابي حنيفة
لا يعتق ما ملكه بعد العتق في تلك المسئلة فكذلك هنا لا تنفذ وصيته وان ترك وفاء
وتلك المسئلة مشهورة في المختلف وفي اصل العتاق وفي باب الحنث في ملك العبد
والمكاتب من ايمان الجامع قال محمد في الجامع ان العبد او المكاتب اذا قال
كل مملوك املكه فيما استقبل فهو حر فعتق ثم ملك مملوكا لا يعتق عند ابي حنيفة وعند
ابي يوسف ومحمد يعتق قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير ههنا
مسايل ثلث احدها قوله كل مملوك املكه اذا اعتقت فهو حر فعتق ثم ملك عبدا عتق

بالاجماع لتعليقه العتق بالملك الحاصل له بعد العتق وهذا الملك يصلح للاعتاق
وفرق بين هذا وبين قول الصبي كل عبد املكه بعد البلوغ فهو حر فبلغ فملك عبدا
لا يعتق لان الصبي ليس من اهل التصرف فيلغو تصرفه تنجيزا وتعليقا لانعدام اهليته
والعبد اهل للتصرف لكونه عاقلا بالغا الا ان تنجيز عتقه لم يصح لعدم شرطه وهو
الملك فاذا علق بملك يصلح شرطا له صح والثانية قوله كل عبد املكه فهو حر فعتق
فملك عبدا لا يعتق لان هذا ينصرف الى المملوك في الحال وله في الحال نوع ملك وقوله
املك موضوع للحال بطريق الاصالة والثالثة قوله كل مملوك املكه
فيما استقبل فهو حر وهو على الخلاف الذي مر وهما يقولان ينصرف قوله املك فيما
استقبل الى كل ما يملك الى آخر عمره كما في الحر عملا بالاطلاق وهو يقول للعبد
والمكاتب نوع ملك فيتعلق ما علقه بهذا الملك القايم للحال لعدم ما يوجب تغييره ولا
يتعلق بما ليس بثابت الا بالنص على الاضافة اليه وانعدمت الاضافة الا ترى
ان في قوله املك بدون قوله فيما استقبل وهي المسئلة الثانية تعلق به ولا يجعل قوله
املك عبارة عن الاستقبال وان كان اللفظ موضوعا له ايضا لانعدام دليل تغير الحالة
وعدم الاضافة الى ما ليس بثابت وعلل القدوري في كتاب التقريب لابي
حنيفة ان العبد له ملك يضاف اليه حال الرق على وجه المجاز قال النبي صلى الله عليه
وسلم من باع عبدا وله مال فماله للبايع فيقال دابة العبد وثوبه وله ملك في
المستقبل يضاف اليه على الحقيقة وهو ما بعد الحرية ومن اصله ان اللفظ لا يحمل على الحقيقة
والمجاز فوجب حمله على احدهما فاعتبار الحال اولى لانهما اتم ولانه يجوز ان يملك في
المستقبل ويجوز ان لا يملك واذا حملت اليمين على حال الرق لم يعتق ما يملكه حال الحرية
لهما ان حمل اللفظ على الحقيقة اولى من حمله على المجاز ولانا اذا حملناه على ما
بعد العتق صححنا اليمين واذا حملناه على الحال ابطلنا اليمين وحمل كلامه على الصحة اولى

كذا في عتاق التقريب **قوله** قال ولا تجوز الوصية للحمل وبالحمل اذا وضع لاقل من
ستة اشهر من وقت الوصية ه اي قال القدوري في مختصره اعلم ان الوصية للحمل
تصح لانه من اهل استحقاق الحقوق ولهذا يستحق الميراث والوصية اخت الميراث
لانها تمليك مضاف الى ما بعد فيستحقها ايضا لكن بشرط ان يعلم وجوده وقت
الوصية بان ولدت لاقل من ستة اشهر ومن وقت موت الموصي على ما ذهب اليه
ابو الليث في كتاب نكت الوصايا والامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي او من وقت
الايصا على ما ذهب اليه ابو جعفر الطحاوي وصحح ما ذهب اليه الطحاوي شيخ
الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي فاما اذا ولدت لستة اشهر
او لاكثر فلا وصية له لاحتمال الوجود والعدم حينئذ فلا يجعل مستحقا بالشك
وفرق بين الهبة للحمل حيث لا تجوز وبين الوصية للحمل حيث تجوز لان الهبة تمليك
محض ولا ولاية لاحد على الحمل في ان يملكه شيا والوصية في معنى الاستخلاف
حيث جعله الموصي خليفة في بعض ماله وهو يصلح لذلك بدليل خلافته في الارث
وكذا الوصية بالحمل ايضا جايزة لوجوده وقت الوصية لان الكلام فيما اذا علم وجوده
بولادته لاقل من ستة اشهر وجملة الكلام فيه ما قال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي اما الوصية بالحمل كما اذا اوصى لرجل بما في بطن جاريته ولم يكن ذلك الولد
من المولى او اوصى له بما في بطن دابته اذا علم انه ثابت موجود في البطن وقت الوصية
فان الوصية جايزة ومعرفة ذلك بان جاءت لاقل من ستة اشهر من وقت موت الموصي
وذكر الطحاوي انه تعتبر المدة من وقت الوصية ولو ولدت ولدا لستة اشهر بعد
موت الموصي او لاكثر فالوصية باطلة لجواز ان يكون الولد حادثا بعد هذا
الا اذا كانت الجارية في العدة فحينئذ لاجل ثبوت النسب يعتبر الى سنتين وكذلك
في حق الوصية يعتبر الى سنتين وان لم تكن في العدة فحينئذ يعتبر لاقل من ستة

اشهر ففي الجارية والدابة سوا ولو اوصى بالجارية لانسان وبما في بطنها لاخر فانه
تجوز الا اذا ولدت ولدا لاكثر من ستة اشهر بعد موت الموصي او لستة اشهر فحينئذ
لا تجوز الوصية في الولد وكلاهما يكون للموصى له الجارية واما الوصية للحمل
فكما اذا اوصى بثلث ماله لما في بطن فلانة فانه يجوز اذا ولدت لاقل من ستة اشهر
من وقت موت الموصي وذكر الطحاوي انه يعتبر من وقت الوصية وكذا اذا اوصى
بثلث ماله لما في بطن دابة فلان لينفق عليها فانه تجوز الوصية اذا قبل ذلك
صاحبها وتعتبر فيها المدة على ما ذكرنا ولو اقر لما في بطن فلانة فذلك على ثلثة اوجه
في وجه يجوز بالاجماع وفي وجه لا يجوز بالاجماع وفي وجه اختلفوا فيه فاما
الوجه الذي يجوز بالاجماع فهو ما اذا اقر بالمال وبين السبب كما اذا اقر لما في بطن
فلانة على الف درهم لاني قد استهلكت ماله او سرقت او غصبت فهذا كله سبب
صحيح يجوز اقراره به واما الوجه الذي لا يجوز بالاجماع فهو كما اذا قال لما في بطن
فلانة علي الف درهم لما اني قد استقرضت منه فهذا لا يجوز لانه احال في كلامه
واما الوجه الذي اختلفوا فيه فهو كما اذا قال لما في بطن فلانة علي الف درهم
مطلقا فهذا الاقرار باطل لان الاقرار المطلق يحمل على المداينة وذلك محال من
الولد الذي لم يولد بعد وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وعند محمد هذا
الاقرار صحيح كذا في شرح الطحاوي وتقدم الاقرار للحمل بوجوهها الثلاثة في كتاب الاقرار
قوله وبابها اوسع ه اي باب الوصية ه والدليل على سعة بابها
ان الوصية تصح في غير الموجود الا ترى الى ما قال الكرخي في مختصره في رجل
اوصى له بثمرة بستان وهو يخرج من ثلثه ثم مات فان ابا حنيفة قال في ذلك ان كان
فيه ثمرة فليس له الا تلك الثمرة وان لم يكن فيه ثمرة فله ثمرته ابدا من الثلث وان اوصى
له بغلته فله غلته ابدا من الثلث لان الغلة على الابد والثمرة على القايمة بعينها ليس له غيرها

وان كان البستان ليس له مال غيره واوصى بغلته لرجل ابدا وفيه ثمرة او ليس
فيه ثمرة فهو سواء له ثلث الثمرة التي فيه وثلث ما يستقبل من ثمرته الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله **قوله** قال ومن اوصى بجارية الا حملها صحت الوصية والاستثناء
اي قال القدوري في مختصره يعني تكون الجارية للموصى له بها ويكون الحمل للورثة
وذلك لان لفظ الجارية لا يتناول الحمل لفظا لانه لا يفهم منها فاذا كان كذلك
صح افراد الام بالايصاء باستثناء الحمل واستحقاق الموصى له الحمل عند اطلاق الوصية
بالجارية انما هو عند عدم استثناء الحمل على طريق التبعية للام لا باعتبار ان الجارية تتناوله
لفظا ولان ما صح افراده بالعقد صح استثناؤه ويصح افراد الحمل بالوصية فيصح استثناؤه
وما لا يصح افراده لا يصح استثناؤه كما في بيع جارية الا حملها **قوله** وقد مر في
البيوع ه اي في باب البيع الفاسد **قوله** قال ويجوز للموصي الرجوع عن الوصية
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الوصية تبرع فيجوز الرجوع فيه كما في
الهبة بل بالطريق الاولى لان الهبة تمت بالقبض والوصية لا تتم الا بالقبول بعد موت
الموصي فاذا جاز الرجوع في الهبة مع تمامها لكونها تبرعا فلان يجوز الرجوع في
الوصية قبل التمام بالطريق الاولى لانه لا الزام على المتبرع والى هذا اشار بقوله وقد
حققناه في كتاب الهبة ولان عقد الوصية لا يتم الا بقبول الموصى له والقبول
موقوف على موت الموصي فقبل موته يكون ايضا الموصي مجرد ايجاب بلا قبول وابطال
الايجاب قبل القبول صحيح كما في البيع **قوله** قال واذا صرح بالرجوع او فعل
ما يدل على الرجوع كان رجوعا ه اي قال القدوري في مختصره اما صريح الرجوع
كقوله رجعت عن الوصية فهو صحيح لما قلنا ان الوصية تبرع او القبول فيها موقوف
على الموت وكذا دلالة الرجوع لان الدلالة تعمل عمل الصريح ولهذا كان
الثابت بالدلالة كالثابت صريحا فاذا فعل الموصي ما يدل على الابطال قام مقام قوله

ابطلت وصيتي كما في البيع بشرط فيه الخيار للمشتري اذا فعل المشتري ما يدل على ابطال
خياره وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله قال في الاصل اذا اوصى
رجل لرجل بثوب ثم قطعه وخاطه قميصا او بقطن ثم نسجه او بغزل ثم نسجه
او بحديد ثم صنع منها اناء او سيفا او بفضة تبر ثم صاغ منها خاتما او غير ذلك
او بسويق ثم لته او ببراز لا بناء فيها ثم بنى فيها فهذا كله رجوع ولو اوصى بقطن ثم
حشا به او بطانة ثم بطن بها قباء او بظهارة ثم ظهر بها ثوبا او اوصى بثوب او
بعبد ثم باعه ثم اشتراه ثم مات وهو عنده فهذا رجوع وقد بطلت الوصية ه في
وكذلك لو اوصى بشاة ثم ذبحها او بقميص ثم نقضه فجعله قباء فهذا كله رجوع عن
الوصية ولو اوصى له بثوب ثم غسله او بدار ثم جصصها او هدمها فهذا ليس برجوع في
الوصية من قبل انه لم يغير الدار عن حالها الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله تعالى
والاصل في ذلك ان كل فعل لو فعله انسان في ملك الغير انقطع به حق المالك
فاذا فعل الموصي مثل ذلك الفعل بعد الوصية كان ذلك رجوعا منه كمن غصب شاة
وذبحها وشواها او طبخها او حنطة فطحنها او حديدا فاتخذه سيفا او صفرا فعمله
آنية ينقطع حق المغصوب منه فاذا فعل الموصي ذلك بعد الوصية كان رجوعا والى هذا
اشار بقوله وقد عددنا هذه الافاعيل في كتاب الغصب لان تعلق حق المالك بملكه
يمنع من تعلق حق الموصى له بالوصية فاذا كان هذا الفعل يسقط حق المالك فلان
يسقط الوصية اولى وكل فعل يوجب زيادة في الموصى به بحيث لا يمكن تمييزها و
لا يستحق عليه نقضها كان رجوعا لانه لا يمكن تسليم العين الموصى بها الا بتسليم تلك الزيادة
ولا يجب ذلك عليه فيدل على الرجوع كما اذا لت السويق الموصى به بسمن او بنى بناء في الدار
الموصى بها وكذا اذا اوصى بقطن ثم حشا به او بثوب فجعله ظهارة او بطانة لانه لا
يجب عليه نقض ذلك لكونه تصرفا في ملكه وهذا بخلاف تجصيص الدار وهدم

بناء بها حيث لا يكون رجوعا لان البناء تبع والتجصيص زينة وكذا لو غسل الثوب
الموصى به لانه ازالة الوسخ وكل تصرف اوجب زوال ملك الموصي فهو رجوع كما
اذا باع الموصى به ثم اشتراه لان البيع اوجب زوال الملك فمحال ان تبقى الوصية معها
واذا ذبح الشاة الموصى بها كان مجرد الذبح رجوعا وكان ينبغي ان لا
تبطل الوصية لانه نقصان كما اذا قطع ثوبا ولم يخطه او هدم بناء دار لكن نقول
تبطل الوصية لان الذبح دليل على استبقائه على ملكه فكان دليل الرجوع لانه
تصرف لا يبقيه عادة الى وقت الموت لان اللحم قلما يبقى عادة الى وقت الموت
فصار من هذا الوجه دلالة الرجوع قال في التحفة ولو اوصى بقميص ثم فتقه
وجعله قباء يكون رجوعا ولو لم يخطه قباء ولكن نقض القميص فيه اختلاف المشايخ
قوله وكان تغييرا اي غسل الثوب الموصى به تغييرا للوصية لانه يراد كان
به ان يكون الموصى به على انظف حال ولا يراد به استبقاؤه على ملك نفسه الا ترى
الى قوله تعالى ولا تيمموا الخبيث منه تنفقون قال الامام الاسبيجابي في شرح
الطحاوي الوصية على اربعة اوجه في وجه تحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعا
وفي وجه لا تحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعا وفي وجه تحتمل الفسخ من جهة
القول ولا تحتمل من جهة الفعل وفي وجه تحتمل الفسخ من جهة الفعل ولا تحتمل من جهة
القول اما التي تحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعا فهو الوصية بالعين
لرجل وفسخها من جهة القول ان يقول فسخت الوصية ورجعت عن تلك الوصية واما
فسخه من جهة الفعل فهو ان يبيعه او يعتقه او يخرجه من ملكه بوجه من الوجوه
واما الوجه الذي لا يحتمل الفسخ من جهة القول والفعل جميعا فهو التدبير واما
الوجه الذي يجوز الرجوع عنه بالقول ولا يجوز بالفعل فهو الوصية بربع ماله او بثلث
ماله لو رجع عنه بالقول جاز ولو اخرجه عن ملكه بالبيع والهبة لم تبطل الوصية وتنفذ

الوصية من ثلث الباقي واما الوجه الذي يجوز الرجوع عنه من جهة الفعل
ولا يجوز من جهة القول فهو التدبير المقيد نحو ان يقول ان مت من مرضي هذا
فانت حر فهذا متى لو رجع عنه بالقول لم يصح ولو رجع بالفعل صح كما اذا باعه وصار رجوعا
يعني اذا باعه ثم لم يشتره فلو اشتراه عاد الى الحال الاول كذا ذكره الفقيه ابو
الليث في كتاب نكت الوصايا قوله قال ولو جحد الوصية لم يكن
رجوعا اي قال القدوري في مختصره اعلم ان القدوري لم يذكر الخلاف في
هذه المسألة في المختصر ولم يذكر الخلاف محمد ايضا في كتبه ولكن جعل الجحود رجوعا
في كتاب الوصايا ولم يجعله رجوعا في الجامع الكبير ثم في هذا اختلف المشايخ
فيه فمنهم من قال في المسألة روايتان ومنهم من قال ما ذكر في الجامع جواب
القياس وما ذكر في كتاب الوصايا جواب الاستحسان كذا ذكر الشيخ ابو المعين
النسفي في شرح الجامع الكبير ومنهم من قال الفرق بينهما لوضع المسألة لان
في كتاب الوصايا جحد فصار رجوعا وفي مسألة الجامع لم يجحد ولكن امر الشهود بان
يكذبوا فاذا امرهم بالكذب لا يكون رجوعا كذا ذكر الفقيه ابو الليث في كتاب
نكت الوصايا ثم قال الفقيه والصحيح ان يقال ان في المسألة اختلافا لانه
روي عن المعلى بن منصور انه قال سألت ابا يوسف عن رجل اوصى لرجل بوصية ثم جحد
قال يكون رجوعا وسألت محمدا فقال لا يكون الجحود رجوعا فثبت ان الذي قال في
الوصايا قول ابي يوسف والذي قال في الجامع قول محمد الى هنا لفظ الفقيه ه
وجملة القول فيه ما قال الكرخي في مختصره قال المعلى عن ابي يوسف في نوادره
قال ابو يوسف في رجل اوصى بوصية ثم عرضت عليه من الغد فقال لا اعرف هذه الوصية
او قال لم اوص بهذه الوصية قال فهذا رجوع منه في الوصية قال معلى وسألت محمدا
عن ذلك فقال لا يكون الجحود رجوعا وقال محمد في الاصل في رجل اوصى لرجل

بعبده ثم أوصى به لآخر في المسائل التي قد بينا ذكرها ولو لم يوص به لآخر ولكن جحد الوصية
للأول أو قال لم أوص له به فهذا رجوع ولم يضف محمد القول إلى أحد قال وكذلك
لو قيل له أوصيت لفلان بعبدك فلان فقال لا فهذا رجوع قال ولو قيل له
أوصيت لفلان بعبدك فلان فقال لا ولكن أوصيت له بفلانة كان رجوعا عن
العبد وموصى له بالأمة وقال في الجامع الكبير في رجل أوصى لرجل بثلث ماله
ثم قال بعد ذلك اشهدوا أني لم أوص لفلان بقليل ولا كثير لم يكن هذا منه رجوعا
عن وصيته لفلان إلى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجه ما ذكر في الجامع وهو
القياس أن قوله لم أوص به كذب محض لأنه قد كان أوصى والكذب مما لا يتعلق
به حكم فيجعل وجوده وعدمه بمنزلة كمن قال لامرأته لم أتزوجك ونوى الطلاق
لا يصح لأنه كذب محض فيجعل وجوده وعدمه بمنزلة ولأن الجحود في الوصية
لا يتحقق لأن وجوبها بالموت ولم تجب في الحال بدليل أن الموصى له لو قبل في
الحيوة جاز رده بعد الوفاة ولو رده في الحيوة جاز قبوله بعد الوفاة فلما ثبت
أن وجوبها بعد الموت ولم تجب في الحال فالموصي صادق في مقالته أنه لم يوص له يعني
لم يوجبها الوصية بعد ولأن جحود الوصية نفي لها فيما مضى على معنى لم تكن الوصية
واقعة وانتفاء الوصية في الحال يلزم من ضرورة نفيها في الماضي ضمنا وما
ثبت في ضمن شيء إنما يصح إذا ثبت المتضمن ولا يثبت المتضمن لأنه كذب فلا يثبت ما
في ضمنه أيضا وهو الانتفاء في الحال لأنه بناء على ذلك فكانت الوصية ثابتة في
الحال فلغا الجحود ولأن الجحود ليس برجوع بدليل أن الرجوع عن الوصية
عبارة عن إثباتها في الماضي وإبطالها في الحال والجحود عبارة عن نفيها أصلا في الماضي
والحال جميعا فإذا كان الرجوع إثباتا في الماضي والجحود نفيا في الماضي لا يكون
الجحود رجوعا لمنافاة بين الإثبات والنفي ووجه ما ذكر في كتاب الوصايا وهو

الاستحسان وهو أن الجحود وإن كان كذبا محضا إلا أنه صلح كناية عن الفسخ لأن
بين الجحود والفسخ موافقة في المعنى الخاص فإن الجحود مما ينفي العقد في الماضي والمستقبل
والفسخ مما ينفي العقد في المستقبل فكان بينهما موافقة في المعنى الخاص فلما تعذر
العمل بحقيقته يجعل كناية عن الفسخ فصار قوله لم أوص بها بمنزلة قوله فسخت وصية
فلان ولو نص على ذلك صح لأن الموصي ملك الرجوع من الوصية بخلاف ما لو قال لامرأته
لم أتزوجك لأنه لا يمكن أن يجعل كناية عن الفسخ لأن النكاح لا يحتمل الفسخ ألا
ترى أنهما لو تفاسخا لا ينفسخ فتعذر أن يجعل كناية عن الطلاق لأنه ليس بينهما
مشابهة لأن الجحود ينفي العقد والطلاق مما لا ينفي النكاح وإنما يقطع ملك
النكاح لا النكاح ولهذا لا يسقط شيء من الصداق إذا كان بعد الدخول بخلاف
ما لو قال لا نكاح بيني وبينك أو لست لي بامرأة لأنه يحتمل الطلاق بأن يريد لست لي
بامرأة لأني طلقتك لأنه لو صرح بذلك استقام فكذا إذا أضمر ولأن جحود
الوصية يجعل رجوعا عنها لأن كل منكر للشيء ليس براض بوجوده ورادّ له ألا ترى
أن جحود الموكل الوكالة حجر على الوكيل وجحود المتبايعين البيع فسخ وإقالة وجحود
المودع فسخ لعقد الوديعة فكذلك ههنا ولأن الجحود لو لم يحمل على الرجوع
كان كذبا وحمل أمور المسلمين على الصحة أولى ولأن الجاحد ناف للوصية
في الماضي والحال جميعا ونفي الوصية في الحال يصح فإذا ضم إليه غيره كان أولى
وهذا معنى قوله في المتن لأن الرجوع نفي في الحال والجحود نفي في الماضي والحال
فأولى أن يكون رجوعا ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهو حرام وربوا
يكون رجوعا وهذه المسألة مع ما بعدها إلى الباب من مسائل الجامع الكبير إلا مسألة تأخير
الوصية وكلها مذكورة في مختصر الكرخي وقد ذكرها صاحب الهداية فيها على سبيل
التفريع ولو قال كل وصية أوصيت بها لفلان فهي باطلة يكون رجوعا وفرق

صاحب الهداية بين المسائل بأن الوصف يستدعي بقاء الأصل يعني أن وصفنا الوصية بأنها
حرام أو ربوا يقتضي كون أصل الوصية باقيا لأنه لا وجود للصفة بدون قيامها
بالموصوف فلما اقتضى الوصف بقاء الأصل لم يكن الوصف بالحرمة أو الربوا دليل
الرجوع بخلاف قوله فهي باطلة لأن الباطل هو المضمحل المتلاشي فكان قوله فهي باطلة دليل
الرجوع وفرقوا في شروح الجامع الكبير بوجه آخر وهو أن قوله فهي باطلة وصف
للوصية بما تتصف به بعد الرجوع لأن الوصية بعد الرجوع والفسخ توصف بكونها
باطلة ألا ترى أن الموصي يقول وصية فلان باطلة لأني رجعت عنها فصح هذا
الوصف وإنما يصح إذا بطلت بالرجوع عنها وأما قوله فهي حرام عليه أو فهي ربوا
وصف الوصية بما لا توصف به لا قبل الرجوع ولا بعد الرجوع أما قبل الرجوع
فظاهر لأنها ليست بحرام ولا ربوا وأما بعد الرجوع فلأن الوصية لا توصف
بكونها حراما أو ربوا فلغا هذا الوصف فصار بمنزلة ما لو قال كل وصية أوصيت
بها لفلان فهي رهن قوله ولو قال أخرتها لا يكون رجوعا لأن التأخير ليس
للسقوط قال الكرخي في مختصره وقال ابن رستم عن محمد لو أن رجلا أوصى
بوصايا إلى رجل فقيل له إنك ستبرأ فأخر الوصية فقال قد أخرتها فليس هذا برجوع
عن الوصية ولو قيل اتركها فقال قد تركتها فهذا رجوع عن الوصية ألا ترى
أنك لو قلت لرجل لك عليه دين قد تركت عليك ديني كان تركا ولو قلت قد أخرته
عنك لم يكن تركا إلى هنا لفظ الكرخي قوله ولو قال العبد الذي
أوصيت به لفلان فهو لفلان كان رجوعا لأن اللفظ يدل على قطع الشركة بخلاف ما
إذا أوصى به لرجل ثم أوصى به لآخر أي يكون العبد بين الموصى لهما نصفين قال
الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا وإذا أوصى لرجل بعبده وهو يخرج من ثلثه
ثم أوصى بذلك العبد لآخر فهو بينهما نصفان لأن الوصية أمر في المستأنف ويجوز

أن يثبت حقان في المستأنف في شيء واحد ألا ترى أن الشفعة تجب لاثنين
ولأكثر في دار واحدة ويجب القصاص في نفس واحدة لاثنين ويكون لكل واحد منهما
الحق على الكمال فكذلك ههنا يجب لكل واحد منهما حق الوصية في جميع العبد إلا أنه
لما تضايق حقهما يجعل القاضي العبد بينهما نصفين قال في الأصل في هذه المسائل
أن الموصي إذا أضاف الوصية الثانية إلى الموصى به لا يكون رجوعا فتكون الوصية
لهما جميعا ولو أنه أضاف الوصية الثانية إلى الوصية الأولى يكون رجوعا وهو
أن يقول العبد الذي أوصيت به لفلان قد أوصيت به لفلان صار ذلك رجوعا
لأنه جعل الوصية الأولى للثاني فإذا جعل تلك الوصية للثاني كان رجوعا وأما
إذا أضاف الوصية الثانية إلى العبد لا يكون رجوعا وهو أن يقول أوصيت
بهذا العبد لهذا الرجل ثم يقول أوصيت بهذا العبد لهذا الرجل لرجل آخر لا يكون
رجوعا لأنه يجوز أن يجتمع حقان في عبد واحد ولو أنه قال العبد الذي أوصيت
به لفلان وقد أوصيت به لفلان لا يكون رجوعا لأن الواو للعطف والعطف
إنما يكون بعد تقرير المعطوف عليه فإذا أوصى للثاني بعد تقرير الأول لا يكون رجوعا
ولكن يثبت لهما جميعا ولو قال العبد الذي أوصيت به لفلان فقد أوصيت به لفلان
يكون رجوعا لأن الفاء للوصل فقد وصل الوصية الثانية بالوصية الأولى وجعل
تلك الوصية للثاني فيصير رجوعا كما قالوا في باب المضاربة إذا دفع إلى رجل
مالا مضاربة فقال له خذ هذا المال مضاربة واعمل بالكوفة فله أن يعمل في غير
الكوفة ولو قال خذ هذا المال فاعمل بالكوفة فليس له أن يعمل في غيرها
لأن الفاء للوصل والواو للعطف قوله وكذا إذا قال فهو لفلان وارثي
يكون رجوعا عن الأول قال في الجامع الكبير ولو قال كل وصية أوصيت
بها لفلان فهي لفلان وارثي فهو رجوع وهو للوارث إن أجازها الورثة وإن لم

يجز فهي ميراث وذلك لانه لما قال هي لفلان وارثي نقل جميع ذلك الى وارثه وصح
النقل لان الوصية للوارث صحيح الا انها تقف على اجازة الورثة فكانت الوصية
للوارث بثلث ماله كالوصية للاجنبي بما زاد على الثلث فلما صح النقل كان رجوعا
عن الوصية لفلان ووصية للوارث فان اجاز بقية الورثة جازت ولم تكن
للورثة وهذا معنى قوله وقد ذكرنا حكمه اي حكم الايصا للوارث يعني ان اجازوا الوصية
جازت والا بطلت **قوله** ولو كان فلان الآخر ميتا حين اوصى فالوصية الاولى
على حالها يعني لو قال كل وصية اوصيت بها لفلان الآخر وكان فلان الآخر حين
اوصى له ميتا لم يصح الرجوع لانه لم يصح النقل عن الوصية الاولى لان الوصية للميت
باطلة فصار كانه لم يوص لاحد بعد الوصية الاولى **قوله** ولو كان فلان
حين قال ذلك حيا ثم مات قبل موت الموصي فهو للورثة اي لورثة الموصي يعني اذا كان
فلان الآخر حيا حين اوصى له يصح النقل عن الوصية الاولى ثم اذا مات الموصى له الثاني
قبل موت الموصي بطل الوصية الثانية ايضا بموته قبل الموصي فاذا بطلت الوصيتان
جميعا الاولى برجوع الموصي عنها والثانية بموت الموصى له الثاني قبل موت الموصي

باب الوصية بثلث المال

لما كان المعتبر في الوصية هو ثلث المال عند عدم اجازة الورثة ترجم هذا الباب
بباب الوصية بثلث المال لان فيه مسئلة الايصا لواحد بالثلث ولآخر بالثلثين
ومسئلة الايصا لواحد بالثلث ولآخر بالسدس ومسئلة الايصا لواحد بجميع المال ولآخر
بالثلث وما شابه ذلك فيكون الوصية زيادة على الثلث لا محالة **قوله**
قال ومن اوصى لرجل بثلث ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة فالثلث بينهما
اي قال القدوري في مختصره وانما قيد بقوله ولم تجز الورثة لانه اذا اجاز الورثة
يضرب كل واحد من الموصى لهما بوصيته فيكون لهما الثلثان والثلث للورثة فاذا انعدمت

الاجازة كان الثلث بينهما نصفين والثلثان للورثة لانهما تساويا في سبب الاستحقاق
لانه ليس واحد منهما احق بثلث المال من الآخر والتساوي في سبب الاستحقاق يوجب
التساوي في نفس الاستحقاق لان ثبوت الحكم بقدر ثبوت العلة فيكون ثلث المال
بينهما نصفين لانه هو محل الوصية وهو قابل للشركة **قوله** وان اوصى لاحد
بالثلث ولآخر بالسدس فالثلث بينهما اثلاثا وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك
لان ثلث المال يضيق عن حق الموصى لهما لان حقهما يزيد على الثلث بسدس وكل واحد
منهما يدلي بسبب صحيح فيقتسمان على قدر حقهما فيكون لصاحب السدس سهم ولصاحب
الثلث سهمان والاصل عند ابي حنيفة ان من يدلي بسبب صحيح يضرب بجميع
حقه كاصحاب العول والموصى له بالثلث فما دونه وغرماء الميت اذا ضاقت التركة
عن ديونه وكل من لا يدلي بسبب صحيح فانه يضرب بقدر ما يصيبه حالة المزاحمة كما
في مسئلة الدعوى اذا ادعى اثنان دارا في يد آخر احدهما جميعها والآخر نصفها واقاما
البينة فلصاحب الجميع ثلثة ارباعها ولصاحب النصف ربعها عند ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد الدار بينهم اثلاثا وكذلك في الموصى له باكثر من الثلث لا يضرب
عند ابي حنيفة بجميع حقه وقال ابو يوسف ومحمد يضرب كل واحد منهم بجميع حقه
كاصحاب العول والفرق بين السبب الصحيح وغير الصحيح على قول ابي حنيفة
ان كل سبب يتعلق به الاستحقاق من غير انضمام معنى آخر اليه فهو سبب صحيح وما
لا يتعلق به الاستحقاق الا بمعنى ينضم اليه ليس بسبب صحيح الا ترى ان الدعوى
لا يتعلق بها الاستحقاق الا بانضمام معنى آخر اليها اما اقرار او بينة او حكم حاكم فاذا
كان كذلك انقسمت الدار عند المنازعة على الدعاوي فقال ابو حنيفة لا دعوى لمدعي النصف
في النصف الآخر فسلم ذلك لمدعي الجميع وفي النصف الآخر استوى دعواهما فكان بينهما
وكان لمدعي الجميع ثلثة الارباع ولمدعي النصف الربع وعندهما يضرب كل واحد بجميع دعواه

لان الاسباب كلها سواء فيأخذ مدعي الجميع اثنين ومدعي النصف سهما فكان اثلاثا
وجه قول ابي حنيفة ان السبب الذي لا يتعلق به الاستحقاق بنفسه اضعف من
الذي يتعلق به الاستحقاق بنفسه بدليل ان الهبة والوصية اللتين لا يتعلق
الاستحقاق بعقدهما اضعف من البيع الذي يتعلق الاستحقاق بعقده فلو سوينا
بينهما في المضاربة لسوينا بين السبب الضعيف والقوي وهذا لا يصح ووجه
قولهما ان كل واحد منهما لو انفرد استحق جميع ما يدعيه فاذا ازدحما ضرب بما يدعيه
كاصحاب العول وقد مر بيان هذا في كتاب الدعوى قبيل فصل التنازع بالايدي
قوله وان اوصى لاحدهما بجميع ماله ولآخر بثلث ماله ولم تجز الورثة
فالثلث بينهما على اربعة عندهما وقال ابو حنيفة الثلث بينهما نصفان ولا يضرب
ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث الا في المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة
وهذا لفظ القدوري في مختصره وانما قيد بعدم اجازة الورثة لانه اذا اجاز
الورثة يكون لصاحب الجميع خمسة ولصاحب الثلث سهم واحد عند ابي حنيفة وفي
قول ابي يوسف ومحمد لصاحب الجميع ثلثة ارباعه ولصاحب الثلث ربعه والاصل
في جنس هذه المسائل ان القسمة عند ابي حنيفة عند اجتماع الوصايا في العين بطريق
المنازعة وعند ابي يوسف ومحمد بطريق العول والمضاربة واصل آخر
ان الموصى له باكثر من الثلث لا يضرب في الثلث باكثر من الثلث عند عدم اجازة
الورثة عند ابي حنيفة وقالا يضرب وجه قولهما في الاصل الاول ان سهام
الوصية تشبه سهام الورثة ثم القسمة بين الورثة عند التزاحم بطريق العول
فكذا هنا ووجه قول ابي حنيفة ان حق احدهما في كل العين وحق الآخر في بعض
العين وصاحب البعض لا يصلح مزاحما لصاحب الكل بما وراء البعض لانه لا حق
له فيه ولا يشبه هذا سهام الورثة لان حقهم في الكل لغير حق خلافة ثم يستحقون

التركة بناء على حق الخلافة فلا يقع التعارض بينهما لهم اما هنا الحق فقد ثبت في العين
ابتداء بايجاب الموصي فيقع التزاحم في المحل ابتداء فجاز ان يعتبر فيه حكم المنازعة فلا يقع
وجه قولهما في الاصل الثاني ان الوصية اخت الميراث والوارث يضرب بكل
حقه في التركة فكذا هنا ولابي حنيفة ان الموصى له يضرب بما يستحقه
وهو لا يستحق ما وراء الثلث الا باجازة الورثة ولم توجد الاجازة ثم
نقول اجتمعت وصيتان في المال احديهما بالجميع والاخرى بالثلث ولا يدعي صاحب
الثلث اكثر من الثلث فسلم ما زاد عليه لصاحب الجميع واستوت منازعتهما في الثلث
فيكون بينهما نصفين فيصير المال على ستة اسهم خمسة لصاحب الجميع وسهم لصاحب
الثلث فان لم تجز الورثة فالثلث بينهما نصفان لان صاحب الجميع لا يضرب باكثر
من الثلث عنده الا في مواضع ثلثة في الوصية بالمحاباة والوصية بالعتق والالف
المرسلة وسيجيء بيان الثلثة بعد هذا فاما على قول ابي يوسف ومحمد فالقسمة
بطريق العول والمضاربة يضرب صاحب الجميع بالجميع والآخر بالثلث فاجعل
الثلث سهما والجميع ثلثة فيقسم المال بينهما ارباعا عند الاجازة وعدمها جميعا
لان المذهب عندهما ان الموصى له باكثر من الثلث يضرب به في الثلث وهذا الخلاف
في حقوق اجتمعت في المال فوق الثلث اما اذا اجتمعت في الثلث فانه يقسم الثلث
بينهم بطريق العول بالاجماع لشبهه بحقوق الورثة لانه لا يتقف على اجازة احد
قال في المختلف قال الحسن بن زياد ما قاله ابو يوسف قبيح لانه يصيب
الموصى له بالثلث عند الاجازة مثل ما يصيبه عند عدم الاجازة فانه يصيبه عند عدم
الاجازة نصف الثلث والآن كذلك بل يجب ان يقسم الثلث اولا وهو اربعة من
اثني عشر بينهما نصفان لان الاجازة في قدر الثلث ساقطة العبرة بقي ثمانية اسهم
وهو الثلثان فصاحب الجميع يدعي كله وصاحب الثلث لا يدعي من ذلك الا سهمين

م

فانه يقول حقي في الثلث وذلك اربعة وقد وصل اليه سهمان بقي حقي في سهمين فلا
منازعة فيما وراء السهمين وذلك ستة فيعطى الموصى له بالجميع ستة اسهم بلا منازعة
بقي سهمان قد استوت منازعتهما فيهما فيقسمان فيصيب كل واحد منهما سهم فصار للموصى
له بالثلث ثلثة اسهم من اثني عشر سهما وذلك ربع فافادت الاجازة في حق صاحب الثلث
وقال في شرح الطحاوي والاصل عند ابي حنيفة ان الموصى له باكثر من الثلث لا يضرب
باكثر من الثلث الا في ثلثة مواضع في الوصية بالعتق وفي المحاباة وفي الدراهم المرسلة
واذا كانت الوصية اقل من الثلث او الربع او السدس ونحوه فانه يضرب بجميع وصيته
عند ابي حنيفة وعندهما يضرب بجميع وصيته في المواضع كلها وتفسير الوصية بالعتق
وهو انه اذا اوصى بعتق هذين العبدين وقيمة احدهما الف وقيمة الآخر الفان وليس له
مال غير هذين العبدين فان اجازت الورثة فانهما يعتقان معا وان لم يجيزوا
فانهما يعتقان من الثلث وثلث ماله الف فالثلث بينهما على قدر وصيتهما ثلثا
الالف للذي قيمته الفان ويسعى في الباقي وثلثها للذي قيمته الف ويسعى في الباقي
وكذلك في المحاباة اذا كان له عبدان قيمة احدهما الف ومائة وقيمة الآخر ستمائة
فاوصى بان يباع احدهما من فلان بمائة والآخر بمائة من فلان الآخر فههنا حصلت المحاباة
لاحدهما بالف وللآخر بخمسمائة وذلك كله في حالة المرض فان خرج ذلك من الثلث
جاز وان لم يخرج من الثلث ولا اجازة الورثة جازت محاباتهما بقدر الثلث وذلك
الثلث بينهما على قدر وصيتهما يضرب احدهما فيه بالف والآخر بخمسمائة وكذلك في
الدراهم المرسلة كما اذا اوصى له بالف درهم ولآخر بالفين وثلث ماله الف درهم فان
الثلث يكون بينهما اثلاثا كل واحد منهما يضرب بجميع وصيته وانما يضرب
الموصى له في هذه المواضع الثلث بجميع وصيته لان الوصية في مخرجها صحيحة لجواز
ان يكون له مال آخر فيخرج هذا القدر من الثلث ولا كذلك فيما اذا اوصى له بنصف

ماله ولآخر بثلث ماله او بجميع ماله لان اللفظ في مخرجه لم يصح لان ملكه في ماله
لو كثر او خرج له مال آخر يبطل فيه تلك الوصية فلا يخرج من الثلث وقال
الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا رجل اوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلث
ماله فهذا على وجهين اما ان اجاز الورثة او لم يجيزوا فان اجازوا فلصاحب النصف
نصف المال ولآخر الثلث وبقي للورثة سدس المال واما اذا لم يجيزوا فان في قول
ابي حنيفة رضي الله عنه الثلث بينهما نصفان وفي قول ابي يوسف ومحمد صاحب
النصف يضرب بالنصف وصاحب الثلث يضرب بالثلث فالنصف والثلث يخرج من
ستة النصف ثلثة والثلث سهمان فذلك خمسة اسهم الثلث بينهما على خمسة اسهم
وهو قول ابرهيم والشعبي واما مذهب ابي حنيفة ان الثلث بينهما نصفان
لان وصيته لصاحب النصف بما زاد على الثلث باطل لانه اوصى له بما يملك وبما لا
يملك فوصيته بما يملك جائزة وبما لا يملك باطلة فصار كرجل اوصى لرجل بالف درهم
ولآخر بالفي درهم الف من ماله والف من مال جاره وثلث ماله الف درهم
فان الالف بينهما في قولهم جميعا لان وصيته بالالف من مال جاره باطلة فكذلك
ههنا وصيته باكثر من ثلث ماله باطل فصار كانه اوصى لهذا بالثلث ولهذا بالثلث
واما ابو يوسف ومحمد يقولان ان في زيادته معنيين معنى الاستحقاق على الورثة
باكثر من الثلث ومعنى التفضيل لاحدهما على الآخر فبطل معنى الاستحقاق وبقي معنى
التفضيل وتفضيل بعض اهل الوصايا على البعض جائز الا ترى انه لو اوصى لاحدهما
بالثلث وللآخر بالربع فالثلث لا يتسع لهما جميعا فيضرب كل واحد منهما في الثلث بقدر
وصيته فكذلك ههنا والجواب لابي حنيفة انه يجوز التفضيل اذا صح ذكر
الزيادة فلما لم يصح ذكر الزيادة على الثلث لا يصح التفضيل فان قيل لو اوصى
رجل بالف درهم وللآخر بالفين وثلث ماله الف درهم فثم الالف بينهما اثلاثا في

قولهم جميعا قيل له هذا لا يشبه ذكر الالف والالفين لان ذكر الالف والالفين
لم يكن فاسدا لانه يجوز ان يكتسب المال قبل موته حتى يحصل لاحدهما الف وللاخر
الفان فلما لم يكن مخرج الكلام فاسدا قسم على مقدار وصيتهما واما هاهنا فتسميته
ما زاد على الثلث باطلة لانه لا يملك اكثر من ثلث ماله واذا لم يجز الورثة فكانه لم
يوص باكثر من الثلث فان قيل اذا اوصى بعتق قيمته اكثر من الثلث فلم لا يضرب
بذلك كله ومخرج كلامه لم يكن فاسدا لانه يحتمل ان يكتسب المال حتى يخرج
العبد من الثلث قيل له مخرج كلامه لم يكن فاسدا الا انه لما مات فقد استحق
عليه الورثة فيما زاد على الثلث لان حقهم قد وجب في ذلك العبد وفي ذكر الالف
والالفين لم يوجد الاستحقاق وقال في كتاب الوصايا ايضا رجل اوصى
لرجل بنصف ماله ولاخر بثلثه ولاخر بربعه فهذا ايضا على وجهين اما ان يجيز
الورثة او لم يجيزوا فان اجازت الورثة قسم المال بينهم فصاحب النصف يضرب
بالنصف والاخر بالثلث والاخر بالربع فيحتاج الى حساب له نصف وثلث وربع وذلك
يخرج من اثني عشر فصاحب النصف يضرب بالنصف وذلك ستة وصاحب الثلث يضرب
بالثلث وذلك اربعة وصاحب الربع يضرب بالربع وذلك ثلثة فيكون ثلثة عشر
سهما فيقسم المال بينهم على ثلثة عشر سهما وان لم يجز الورثة قسم المال بينهم على
ثلثة عشر سهما وهذا قول ابي يوسف ومحمد وهو قول ابرهيم النخعي واما
في قول ابي حنيفة فان لم يجز الورثة قسم الثلث بينهم فصاحب النصف يضرب بالثلث
ولا يضرب باكثر من ذلك وصاحب الثلث يضرب بالثلث وصاحب الربع يضرب بالربع
فيقسم الثلث على احد عشر سهما وان اجازت الورثة لم يذكر جوابه في كتاب الوصايا
ولكن ذكر في كتاب العتق والدين مسئلة تخرج هذه المسئلة على قياس تلك المسئلة
على اختلاف الروايتين وروى عنه ابو يوسف بخلاف ما روى محمد بن الحسن

فاما الذي روى عنه ابو يوسف قال صاحب الهداية يأخذ السدس بلا منازعة
والسدس بين صاحب النصف وصاحب الثلث نصفان فاجعل الحساب من اثني عشر
فصاحب الثلث لا دعوى له في اكثر من اربعة اسهم وصاحب النصف يدعي النصف وذلك
ستة فقد فضل على صاحب الثلث سهمان فادفع السهمين لصاحب النصف بلا منازعة
فبقي هناك عشرة اسهم فصاحب الربع لا يدعي اكثر من ثلثة وصاحب الثلث يدعي الثلث
وهو اربعة وصاحب الثلث ايضا بقي من دعواه الثلث وهو اربعة فقد فضل كل
واحد منهما على صاحب الربع سهم فيعطى لكل واحد منهما سهم لان المال متسع فبقي
هناك ثمانية اسهم بينهم اثلاثا لا يستقيم فاضرب ثلثة في اثني عشر فيصير ستة وثلثين
فالسدس لصاحب النصف بلا منازعة وذلك ستة وصاحب الثلث وصاحب
النصف قد كان فضل كل واحد منهما على صاحب الربع بسهم سهم وقد صار السهم مضروبا في
ثلثة لكل واحد منهم ثلثة وقد كان بقي هناك ثمانية مضروب في ثلثة فذلك اربعة
وعشرون بينهم اثلاثا لكل واحد منهم ثمانية فحصل لصاحب النصف سبعة عشر ولصاحب
الثلث احد عشر ولصاحب الربع ثمانية واما في قول ابي حنيفة في تخريج محمد بن الحسن
ان صاحب النصف ياخذ السدس بلا منازعة وهو سهمان من اثني عشر كما روى ابو يوسف
فبقي من دعوى صاحب النصف الثلث ودعوى صاحب الثلث الثلث ودعوى صاحب
الربع الربع فقد اجتمعت دعاويهم في الثلث والربع فصاحب النصف يضرب بالثلث وذلك
اربعة وصاحب الثلث باربعة وصاحب الربع بثلثة فذلك احد عشر وقد بقي من
المال عشرة وعشرة على احد عشر لا يستقيم فاضرب احد عشر في اثني عشر سهما فصار مائة واثنين
وثلثين وقد كنا اعطينا صاحب النصف سهمين مضروب في احد عشر فذلك اثنان وعشرون
وبقي هناك مائة وعشرة بينهم على احد عشر لصاحب النصف اربعون ولصاحب الثلث
اربعون ولصاحب الربع ثلثون والباقي يعلم في كتاب نكت الوصايا وقال

القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة اذا اوصى لرجل بنصف ماله ولآخر بثلثه ولآخر بجميعه فاجاز ذلك الوارث فلصاحب الجميع خمسة وعشرون سهما من ستة وثلثين سهما من جميع المال وذلك ثلثا المال وسدس سدسه ولصاحب النصف سبعة اسهم وذلك سدس المال وسدس سدسه ولصاحب الثلث ثلثا سدس المال وهو اربعة وذلك لانك تحتاج الى مال له سدس ولسدسه نصف وله ثلث ولثلثه ثلث فاضرب اثني عشر في ثلاثة يكون ستة وثلثين فيسلم لصاحب الجميع نصف المال بلا منازعة وذلك ثمانية عشر سهما وستة اسهم لا منازعة فيها لصاحب الثلث فيكون بين صاحب الجميع وصاحب النصف وبقي ثلث المال اثني عشر بينهم اثلاثا لتساويهم فيها واما على قولهما فصاحب الجميع يضرب بجميع المال ستة وصاحب النصف بثلاثة وصاحب الثلث بسهمين فذلك احد عشر سهما وقال في شرح الطحاوي ومن اوصى لرجل بربع ماله ولآخر بنصف ماله فان اجازت الورثة فنصف المال يكون للذي اوصى له بالنصف والربع للذي اوصى له بالربع وبقي الربع يكون بين الورثة على فرايض الله تعالى ولو لم تجز الورثة فانما تجوز الوصية من الثلث ويكون ثلث المال بينهما على سبعة اسهم اربعة اسهم للموصى له بالنصف وثلثة اسهم من ذلك للموصى له بالربع وهذا عند ابي حنيفة وعند صاحبيه يقسم بينهما على ثلثة سهمان للموصى له بالنصف وسهم للموصى له بالربع وانما يقسم على سبعة اسهم عنده لان مذهبه لان الموصى له بالنصف لا يضرب له الا بالثلث والموصى له بالربع يضرب له بالربع فاحتجنا الى حساب له ثلث وربع وذلك اثنا عشر الثلث من ذلك اربعة والربع ثلثة فتجعل وصيتهما على سبعة وذلك ثلث المال وثلثا المال اربعة عشر وجميع المال احد وعشرون فيجعل المال احدا وعشرين سبعة من ذلك للموصى لهما فاربعة للموصى له بالنصف وثلثة للموصى له بالربع وعندهما يقسم المال على ثلثة اسهم لان الموصى له بالنصف يضرب بجميع وصيته عندهما والموصى

له بالربع يضرب بالربع والربع مثل نصف النصف فيجعل كل ربع سهما فالنصف يكون سهمين والربع سهما فيكون ثلثة فيقسم الثلث بينهما على ثلثة سهمان للموصى له بالنصف وسهم للموصى له بالربع وهذه المسايل وان لم تذكر في الهداية ذكرتها هنا تشحيذا وتكثيرا للفوايد قوله ولا يضرب ابو حنيفة للموصى له بما زاد على الثلث يقال ضرب له في ماله سهما اي جعل فعلى هذا يكون معنى قوله في المختصر على حذف المفعول اي لا يجعل له شيئا فيه ولا يعطيه كذا في المغرب وذكر فيه ايضا ضرب في الجزور بسهم اذا اشترك فيها واخذ منها نصيبا وقال الفقهاء فلان يضرب فيه بالثلث اي ياخذ منه شيئا بحكم ما له من الثلث قوله لهما في الخلافية اي في المسئلة المختلف فيها وهي مسئلة الايصاء لاحدهما بجميع ماله ولآخر بالثلث قوله ان الموصي قصد شيئين الاستحقاق والتفضيل الى آخره بيانه ان غرض الموصي من ايصائه بالجميع لواحد وبالثلث لآخر شيئان احدهما هو الاستحقاق على الورثة فيما زاد على الثلث والآخر تفضيل بعض اهل الوصايا على البعض فامتنع الاستحقاق لمانع هو حق الورثة ولا مانع من التفضيل فيثبت التفضيل فيضرب صاحب الاكثر في الثلث بقدر نصيبه كما في الصور الثلاث من المحاباة والسعاية والدراهم المرسلة اي المطلقة لان الارسال والاطلاق واحد في اللغة وفسر الكرخي في مختصره ذلك بقوله والوصايا بالمرسلة ما كان وصية بشيء بغير عينه ولا يكون منسوبا الى جزء من المال وهو ان يقول قد اوصيت لعمرو بالف درهم ولزيد بماية دينار وما كان في معنى هذا فان ابا حنيفة كان يضرب لاصحاب هذه الوصايا في الثلث بجميع ما سمى لكل واحد منهم وان جاوز قدر وصية الثلث الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله تعالى قوله وله ان الوصية وقعت بغير المشروع عند عدم الاجازة يعني ان وصية الموصي بما زاد على الثلث وصية بغير المشروع لانه لا يملك ذلك اذا لم تجز الورثة

فاذا لم يثبت الاستحقاق في الزايد على الثلث لا يثبت التفضيل أيضا لانه بناء على
الاستحقاق ثابت في ضمنه فاذا انتفى المتضمن انتفى ما في ضمنه كالمحاباة الثابتة في ضمن
البيع اذا صح البيع صحت واذا بطل بطلت وقد كنا ذكرنا قبل هذا ان ابا حنيفة
قال كل من ادلى بسبب صحيح يضرب بجميع دعواه ومن لم يدل بسبب صحيح لم يضرب
بجميعها فصاحب الجميع لا يدلي بسبب صحيح ألا ترى انه لا يستحق وصيته ابدا
الا باجازة من جهة غير الموصي فصار كالوصية بثلث مال الغير وليس كذلك
الموصى له بالثلث لان سببه على الانفراد يستحق به من غير اجازة ولا حكم في جميع الاحوال
فصار كاصحاب العول والديون بخلاف مواضع الاجماع من المحاباة والسعاية
والدراهم المرسلة لان الوصية ثمه صحيحة في مخرجها لان لها نفاذا في الجملة من غير
اجازة الورثة لانه يجوز ان يكتسب مالا قبل الموت فيخرج هذه الوصايا من الثلث
وليس كذلك اذا اوصى بجميع المال لواحد وبالثلث لآخر لان ماله وان كثر لا يخرج ذلك
من الثلث فعلم ان الوصية لم تصح في مخرجه ولا يقال يرد على ما قلتم في الوصية
المرسلة الوصية بعين من التركة مثل عبد او فرس او ثوب مثلا قيمته تزيد على
الثلث حيث لا يضرب فيه الموصى له باكثر من الثلث وان كان تحتمل ان يخرج من
الثلث ايضا بان يتسع ماله بالاكتساب لان ثمة حق الورثة تعلق بعين التركة لا
لما مات استحق عليه الورثة فيما زاد على الثلث من ذلك العين فكان الوصية
متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة ظاهرا قبل ان تظهر زيادة في المال فلم يصح
ولهذا لم يضرب الا في الثلث الا ترى ان ذلك العين اذا هلكت بطلت
الوصية وفي الدراهم المرسلة ونحوها لم تلاق الوصية حق الورثة ظاهرا لانه
وقع بمال مرسل لا بمحل بعينه ولهذا اذا هلكت الوصية بما يستفاد بعد ذلك
فلم تكن الوصية متعلقة بعين ما تعلق به حق الورثة وكانت الوصية في مخرجها
تنفذ

صحيحة ولهذا ضرب الموصى له في الثلث بما زاد على الثلث وقال في التحفة
واجمعوا في خمس وصايا انه يضرب بما سمي له وان جاوز عن الثلث في العتق الموقع في
المرض وفي العتق المعلق بموت الموصي وهو التدبير وبالمحاباة في المرض وفي الوصية
بالاعتاق بعد الموت وبالوصية المرسلة وهي الوصية بشيء بغير عينه ولا يكون منسوبا
الى جزء من المال نحو الوصية لفلان بالف درهم قوله قال وان اوصى بنصيب
ابنه جاز اي قال القدوري في مختصره وروى الحسن بن زياد عن زفر انه
اذا اوصى بنصيب ابنه صح كذا في شرح الاقطع ولنا ان نصيب الابن هو ما يستحقه
من الارث فكانه اوصى له بما يستحقه ابنه بعد موته فلا يصح ولان الوصية
تعلقت بملك الغير فلا يصح كما لو اوصى له بمال زيد وجه قول زفر انه اوصى بما
يملكه في الحال وانما يصير للابن في الثاني وذلك لا يمنع صحة الوصية اصله
الوصية بثلث المال فاما اذا اوصى بمثل نصيب ابنه جاز ويكون ذلك وصية
بنصف المال اذا كان له ابن واحد فان اجاز جاز والا كان له الثلث قال
مالك يكون وصية بجميع المال كذا في شرح الاقطع وجه قولهم انه اوصى له
بمثل نصيب ابنه ومثل الشيء غيره فهذا يقتضي اثبات النصيب واثبات مثله للموصى له
وجه قول مالك ان الابن يستحق جميع المال ومثله هو الجميع فكانه اوصى
له بجميع ماله فيتوقف على اجازة الوارث وجملة القول فيه ما قال
الامام الاسبيجابي لا يخلو اما ان يوصي له بمثل نصيب ابنه او بنصيب ابنه كان له
ابن او لم يكن او اوصى له بنصيب ابن لو كان او بمثل نصيب ابنه لو كانت فلو
اوصى له بنصيب ابنه او بنصيب ابنته وله ابن او ابنة فانه لا تصح الوصية لان نصيب
ابنه او نصيب ابنته ثبت بنص الكتاب فاذا اوصى لرجل بنصيب ابنه فقد اراد تغيير
ما فرض الله في كتابه فلا يصح ولو اوصى بنصيب ابنه او بنصيب ابنته وليس له ابن ولا

ابنة فان الوصية تجوز لانه ليس فيه تغيير ما فرض الله في كتابه فلا جرم يصح ولو
اوصي بمثل نصيب ابنه او ابنته وله ابن او ابنة فانه تجوز الوصية لان مثل الشي
غيره لا عينه فيقدر نصيب الابن ثم يزاد عليه مثله ثم يعطي للموصي له وان كان اكثر من
الثلث يحتاج الي اجازة الورثة وان كان ثلثا او اقل منه فانه يجوز من غير
اجازة نحو ما اذا اوصي بمثل نصيب ابنه وله ابن واحد صار موصي له بنصف جميع المال
لان مثل الابن كالابن ولو كان له ابنان كان المال بينهما نصفين كذلك
ههنا يكون المال بينهما نصفين نصف للابن ونصف للموصي له ان اجاز الابن وان لم
تجز الابن فللموصي له الثلث وان كان له ابنان فالمال يكون بينهما اثلاثا ولا يحتاج
الي الاجازة ولو اوصي بمثل نصيب ابنته وله ابنة واحدة يكون للموصي له نصف
المال لان نصيب ابنته نصف المال فمثله يكون نصف المال ايضا ان اجازت الابنة
وان لم تجز فله الثلث ولو كانت له ابنتان والمسئلة بحالها كان للموصي له ثلث المال
لان للابنتين ثلثي المال لكل واحدة ثلث فمثل نصيب احديهما يكون ثلثه ايضا فالثلث
يكون للموصي له ولو اوصي بنصيب ابن لو كان فالجواب فيه كالجواب فيما اذا
اوصي بنصيب ابنه يعطي له نصف المال ان اجازت الورثة ولو اوصي له بمثل نصيب
ابن معدوم فلا بد ان يقدر نصيب ذلك الابن حي يكون له مثل نصيب ذلك
الابن سهم ومثله يكون سهما ايضا فقد اوصي له بسهم من ثلثة اسهم في الكامل كذا
في شرح الطحاوي قوله فنظر الي الحال اي نظر زفر الي حال الوصية لا
الي ما بعد الموت والمال في حال الوصية مال الموصي فلم تكن وصية بمال الغير
قوله وجوابه ما قلناه اشار به الي قوله لان نصيب الابن ما يصيبه بعد
الموت فكان وصية بمال الغير قوله قال ولو اوصي بسهم من ماله فله
اخس سهام الورثة الا ان ينقص عن السدس فيتم له السدس ولا يزاد عليه اي قال

القدوري في مختصره قال في شرح الاقطع هذا الذي ذكره قول ابي حنيفة وزفر وعن
ابي حنيفة رواية اخري ان له اخس سهام الورثة الا ان يكون اكثر من السدس فيكون ن
له السدس وقال ابو يوسف ومحمد له اقل سهام الورثة الا ان يكون اكثر من
الثلث فيكون له الثلث وقال محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
قال اذا اوصي لرجل بسهم من ماله ثم يموت فله مثل نصيب احد الورثة الا ان يكون ذلك
اكثر من السدس فيكون له السدس وقال ابو يوسف ومحمد له مثل نصيب احد الورثة
الا ان يكون اكثر من الثلث ولا يجوز له الا الثلث الا ان يسلم الورثة الي هنا لفظ
محمد في اصل الجامع الصغير وقال القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة
اذا اوصي بسهم من ماله فانه يزاد علي سهام الورثة اخس انصبائهم فيعطي الموصي له ما لم
تجاوز السدس فان جاوزه لم يزد عليه هذا رواية الاصل وفي الجامع الصغير ما
لم ينقص من السدس الي هنا لفظ التقريب قال الشيخ ابو جعفر الطحاوي في
مختصره ومن اوصي لرجل بسهم من ماله فان ابا حنيفة كان يقول ان كانت الفريضة اقل
من ستة اسهم كان له السدس وان كانت الفريضة اكثر من ستة اسهم كان له
كاخس سهام الورثة في هذه الوجوه كلها ما لم يجاوز ذلك الثلث فانه ان جاوز الثلث
جاز له منه الثلث ولم يجز سواه قال ابو جعفر هو كما قال ابو يوسف ومحمد
الي هنا لفظ الطحاوي رحمه الله وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي
ولو اوصي بسهم من ماله فعند ابي حنيفة ينظر الي سدس جميع المال والي اخس سهام
الورثة ايهما كان اقل فله ذلك وبيان هذا اذا كانت الفريضة من اربعة
او من ثلاثة فالسدس اقل من اخس سهام الورثة فيعطي اياه ولو كانت الفريضة اكثر من
لعله يوسف ستة فلا يعطي له السدس وانما يعطي له اخس سهام الورثة وعند ابي حنيفة
ومحمد يعطي اخس سهام الورثة في الاحوال كلها الا اذا جاوز اخس السهام الثلث

فيتبين يعطي له الثلث ولا الاخس لان الوصية لا تكون اكثر من الثلث وكذلك هذا
الاختلاف فيمن اقر بسهم من داره لفلان عند ابي حنيفة يقع ذلك على سدس داره وعندهما
البيان الى المقر وكذلك لو اعتق سهما من عبده عند ابي حنيفة يعتق سدسه وعندهما
يعتق كله لان العتق عندهما لا يتجزى كذا في شرح الطحاوي قال فخر الاسلام
البزدوي في شرح الجامع الصغير وحاصله ان السهم اسم السدس عند ابي حنيفة رضي
الله عنه وعندهما اسم للجزء من حصة الورثة من غير تقدير بالسدس فقد اجمعوا
انه من جملة ما يجب للورثة لان السهم اسم لما يجب للورثة بالاجماع ثم اختلفوا
بعد ذلك في التقدير فقال ابو حنيفة هو مقدر بالسدس وقالا ليس بمقدر به فلما كان
مقدرا به عند ابي حنيفة تناولت الوصية مثل حق احدهم لكنه لا يزاد على السدس
لانا قد علمنا انه لا يتناول الزيادة وقد يتناول الاقل الى هنا لفظ فخر الاسلام
وجه قولهما ان الوصية اخت الميراث ثم الميراث مخصوص بسهام الورثة
فكذا الوصية تنصرف الى السهم المعروف في الميراث لكن الاقل متيقن فيراد لكونه
متيقنا الا ان يزيد اقل الانصباء على الثلث مثل رجل هلك وترك اختا وعما ومثل
امراة تركت زوجا واختا واوصى احدهما لرجل بسهم من ماله فيكون موصيا بالنصف
فلا يسلم الفضل على الثلث الا بالاجازة ولابي حنيفة ما روى محمد في الاصل
عن عبد الله بن مسعود رضي الله عنه انه اوصى رجل بسهم من ماله فقال له السدس سئل عنه
وقال الفقيه ابو الليث روي عن اياس بن معاوية بن قرة انه قال السهم في كلام
العرب هو السدس ذكره في كتاب نكت الوصايا ولان السهم لما رجع الى ما
يستحقه اصحاب الفرايض وجب صرفه الى اعدل الاعداد مخرجا وهو الستة وهذا
لان الاعداد ثلثة انواع زايد وناقص ومعتدل فالزايد الذي تزيد اجزاؤه على
جملته والناقص الذي تنقص اجزاؤه عن جملته والمعتدل الذي لا تزيد اجزاؤه ولا تنقص

عن جملته ونظير الاول الاربعة والعشرون ونظير الثاني الثمانية واجزاؤها
الثمن والنصف والربع والاثنى عشر يخالف اصله ايضا لان نصفه وربعه وسدسه
ينقص عن اصله ونصفه وربعه وثلثه يزيد عليه واما الستة فانما يخرج منها
النصف والثلث والسدس وجملته مثل اصله لا يزيد ولا ينقص فلذلك صار اعدل
ووجب اقل اجزائها وهو السدس واورد الفقيه ابو الليث في كتاب نكت
الوصايا سوالا وجوابا فقال فان قيل اذا كان احد سهام الورثة اقل
من السدس لم لا يعطى له السدس ايضا قيل له لانه احتمل ان الموصي اراد
بالسهم احد سهام الورثة واحتمل انه اراد به السهم الذي هو معروف عند اهل اللغة
ثم في الاقل احاطة ويقين وفي الاكثر شك فيعطى له الاقل ما لم يتبين الاكثر وان
كان السدس هو الاقل صار كانه اوصى له بالسدس لان ذلك المقدار متيقن به
وان كان احد سهام الورثة اقل ففي الاقل احاطة ويقين وصار كانه اوصى له بذلك
المقدار قالوا في شروح الجامع الصغير وهذا في عرفهم اما في عرفنا فالسهم
والجزء سواء لانه لا يراد به نصيب احد الورثة ولا السدس قوله وان
اياسا قال السهم في اللغة عبارة عن السدس هو اياس بن معوية بن قرة وبه
صرح الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا والقدوري في التقريب
وفخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وكان اياس بن معوية بن قرة
ابو اياس ولاه عمر بن عبد العزيز قضاء البصرة ومات سنة اثنتين وعشرين
ومائة وكان لاياس جد ابيه صحبة كذا ذكر القتبي وهو من كبار التابعين وهو
المشهور بالذكر في المثل السائر في قولهم اذكى من اياس وذلك معروف في كتب
الامثال كالمستقصى وغيره وقد كتب المدايني على نوادره كتابا سماه كتاب زكن
اياس قوله قال ولو اوصى بجزء من ماله قيل للورثة اعطوه ما شئتم اي قال

القدوري في مختصره وذلك لان الجزء اسم عام يقع على القليل والكثير فكان
المراد منه مجهولا ولكن الجهالة في الوصية لا تمنع صحتها والورثة قائمون مقام
الموصي فاقيم بيانهم مقام بيانه فكان لهم ان يعطوا ما شاؤا قال الفقيه
ابو الليث في كتاب نكت الوصايا واذا اوصى بجزء من ماله او بطائفة من ماله او ببعض
من ماله او بشقص من ماله فللورثة ان يعطوا ما شاؤا لان هذا اللفظ يصلح للقليل
والكثير لانه يقال جزء من عشرة وجزء من مائة وجزء من ثلثة واذا لم يقع على شيء
معلوم فالبيان الى الورثة وكذلك اذا اوصى بحظ من ماله وبه صرح
الطحاوي في مختصره وقال الفقيه ابو الليث واذا اوصى بسهم من ماله
وله ابنتان وامراة وابوان فله ثلثة اسهم من ثلثين سهما لان الميراث يصير
على سبعة وعشرين سهما للبنتين الثلثان ستة عشر وللابوين السدسان
ثمانية وللمراة الثمن ثلثة تعالت بثلثة اسهم فيزاد على ذلك مثل اقل سهام
الورثة واقل سهامهم سهم المراة فيزاد على سبعة وعشرين مثل سهمها ثلثة فيصير
ثلثين وهذا في قولهم جميعا وانما يظهر الاختلاف اذا زاد نصيب الموصى
له على السدس كذا في كتاب نكت الوصايا وقال الفقيه ايضا فلو كان له
عشر بنين وعشر بنات فله سهم واحد من احد وثلثين لان لكل ابن سهمين عشرون
ولكل ابنة سهم عشرة فذلك ثلثون ويزاد على ذلك مثل سهم احدى البنات فيصير
احدا وثلثين وقال ايضا ولو ماتت امراة ولها ابنتان وابوان وزوج واوصت
بسهم من مالها فالميراث على خمسة عشر للبنتين ثمانية وللابوين اربعة وللزوج
ثلثة ثم يزاد على ذلك اقل سهام الورثة وهو سهم احد الابوين وهو سهمان فذلك
سبعة عشر وفي الكتاب خرجه على النصف وهو ثمانية اسهم ونصف وقال ايضا
ولو تركت زوجا واخوين فللزوج النصف وللاخوين النصف فاجعل الميراث من اربعة

للزوج النصف سهمان ولكل اخ سهم ثم يزاد عليه مثل نصيب احد الاخوين سهما واحدا
فيصير للموصى له الخمس وهذا قول ابي يوسف ومحمد واما ابو حنيفة فلا يزيده
على السدس **قوله** ومن قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس
او مجلس له آخر له ثلث واجازت الورثة فله ثلث المال ويدخل السدس فيه ومن
قال سدس مالي لفلان ثم قال في ذلك المجلس او في غيره سدس مالي لفلان فله
سدس واحد ولفظ محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الرجل يقول سدس مالي لفلان وصية ثم قال في مجلسه سدس مالي لفلان
قال ليس له الا سدس واحد وكذلك ان قال ذلك في مجلسين مختلفين وان قال
سدس مالي لفلان وصية ثم قال في ذلك المجلس ثلث مالي لفلان وصية واجاز
الورثة فله الثلث خاصة ليس له غيره وكذلك ان قال هذا في مجلسين مختلفين
الى هنا لفظ محمد رحمه الله وهذه من الخواص والمراد من فلان في النكرة
الثانية هو فلان في النكرة الاولى واصل ذلك ان المعرفة اذا اعيدت
معرفة او النكرة اذا اعيدت معرفة كان الثاني عين الاول والنكرة اذا اعيدت
نكرة كانت الثانية غير الاولى وهو الاصل الا اذا دل الدليل على خلافه الا ترى
الى قوله تعالى كما ارسلنا الى فرعون رسولا فعصى فرعون الرسول وقال
تعالى لولا جاؤا عليه باربعة شهداء فاذ لم ياتوا بالشهداء وقد روي عن
ابن عباس رضي الله عنهما في قوله تعالى فان مع العسر يسرا ان مع العسر يسرا لن يغلب
عسر واحد يسرين ثم فيما نحن فيه لما عرف السدس بالاضافة ايضا كان
الثاني عين الاول لانه اعيد معرفة وهذا لا يشكل اذا قال ذلك في مجلس واحد ان
له سدسا واحدا لان الكلام الثاني خرج مخرج التكرار الا ترى ان رجلا لو
اقر لرجل بمائة درهم في مجلس واحد مرارا لا يجب عليه الا مائة واحدة فكذلك ههنا

فان قيل ما الفرق بين هذا وبين رجل طلق امرأته في مجلس واحد مرارا يقع عليها
بكل قول تطليقة قيل الفرق بينهما ان الطلاق ابتداء الايقاع والايقاع
الثاني غير الاول واما الاقرار فهو خبر يحتمل انه اراد به الاقرار الاول والاقرار
الاول له سبب قائم فيصرف اليه وقياس هذا ان المطلق لو اقر في مجلس واحد مرارا
انه طلق زوجته امس لا يكون الا تطليقة واحدة فكذلك حال الاقرار والوصية
واما اذا اقر بالسدس في مجلسين مختلفين لا يكون الا سدس واحد لان الوصية
وجوبها بعد الموت الا ترى ان قبول الوصية وردها لا يعتبر حال
حيوة الموصي وانما يعتبران بعد موته واذا ثبت ان وجوب الوصية بعد
الموت يستوي فيه المجلس وغير المجلس واما اذا اوصى له بالسدس ثم الثلث
يكون له الثلث فحسب لان الثلث متضمن للسدس فيحمل انه زاد في وصيته على السدس
فان قلت يرد عليكم ما ذكرتم من الاصل في اعادة الكلمة معرفة او نكرة قوله
تعالى انا انزلنا اليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب لان
المراد من الكتاب الاول القران ومن الثاني غير القران من التورية وغيرها فقد نقض
قولكم ان المعرفة اذا اعيدت معرفة كانت الثانية عين الاول وكذا قوله تعالى
في سورة الروم الله الذي خلقكم من ضعف ثم جعل من بعد ضعف قوة ثم جعل من بعد
قوة ضعفا وشيبة لان المراد من الضعف الثاني هو المراد من الضعف الاول وهو
ضعف الطفولية وكذا المراد من القوة الثانية هو المراد من القوة الاولى وهي قوة
الشبيبة فتناقض قولكم ان النكرة اذا اعيدت نكرة كانت الثانية غير
الاولى قلت لا نسلم التناقض لانا قلنا الاصل على ما قلنا ونحن على ذلك لما بينا
من الدليل ولكن الاصل قد يترك اذا دل الدليل على خلافه الا ترى
ان الحقيقة تترك وان كانت اصلا اذا دل دليل المجاز وفي الايتين الواردتين قد دل

الدليل على ترك ما قلنا من الاصل لانه لو كان المراد من الكتاب الثاني هو
الاول لكان المصدق والمصدق واحدا وذلك لا يجوز وفي الاية دليل على
انهما غيران لانه قال مصدقا لما بين يديه من الكتاب فلو كان الكتابان
واحدا لقال مصدقا لنفسه وكذا في الاية الثانية دل الدليل على ترك ذلك
الاصل لانه لا يشتبه على من له ادنى لب ان الاية نطقت بحال قدرة الله تعالى على نحو بلى
الانسان من حال الى حال من ضعف الى قوة ومن قوة الى ضعف والضعف
الذي قبل قوة الشبيبة هو ضعف الطفولية فكان المراد من الضعف الثاني
هو الاول والقوة التي قبل الشيخوخة والهرم هي قوة الشباب فكان المراد من القوة
الثانية هي القوة الاولى وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا
واذا قال الرجل داري لفلان او سدس داري لفلان او ربع داري لفلان ثم مات كان ثلث
ينبغي في القياس ان يكون هذا باطلا وفي الاستحسان يجوز ويكون وصية
يعني يكون وصية بلا ذكر الوصية اذا كان القول في المرض وجه القياس
ان ظاهر كلامه الهبة والهبة لا تصح الا بالقبض الا ترى انه لو قال عبدي هذا
لفلان كان ذلك هبة ولا يجوز الا بالقبض فكذلك ههنا ووجه الاستحسان
ان ذكر الثلث والربع يجري في باب الوصية والحال حال الوصية اذا كان الرجل مريضا
واذا كان الحال حال الوصية صرف كلامه الى الوصية تحريا لصحة كلامه ولو
قال عبدي هذا لفلان او داري هذه لفلان فهذا هبة ولا يحمل على الوصية الا ان
يذكر الوصية ويؤخذ فيه بالقياس لانه ليس في كلامه دليل الوصية وقال
الفقيه ايضا اذا قال لفلان سدس في داري او ربع في داري او بيت في داري او الف
درهم في مالي فهذا اقرار لانه اقر له بالشركة ولو قال الف درهم من مالي او بيت من
داري يكون هبة لان من كلمة ابانة فاذا ابان وسلم اليه جاز وان لم يسلم اليه لم يجز وان

كان هذا القول على ان الوصية تكون وصية في الاستحسان وليس كقوله في داري
لانه اذا قال من داري فقد اضاف جميع الدار الى نفسه فلا يصلح ان يكون اقرارا
واذا قال بيت في داري وظاهر كلامه الشركة فيصرف كلامه للشركة كذا في كتب
الوصايا وانما كتبت هذه المسائل تكثيرا للفوائد قوله قال ومن اوصى بثلث
دراهمه او بثلث غنمه فهلك ثلثا ذلك وبقي ثلثه وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله
فله جميع ما بقي اي قال القدوري في مختصره ومعنى قوله وهو يخرج من ثلث
ماله اي الثلث الباقي بعد هلاك الثلثين يخرج من ثلث بقية مال الموصي وقال
محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يوصي للرجل بثلث ثلثة دراهم
فيهلك درهمان من تلك الدراهم ويبقى درهم وذلك الدرهم يخرج من الثلث قال
له الدرهم كله وكذلك اذا اوصى بثلث ثياب له من صنف واحد فهلك ثلثاها وبقي
الثلث فله الثلث الباقي كله وان اوصى بثلث ثلثة من رقيقه فهلك اثنان وبقي
واحد لم يكن له الا ثلثه وكذلك الدور المختلفة الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير
وقال زفر للموصى له ثلث الدرهم الباقي له لا غير وعلى هذا الاختلاف كل ما
كان من جنس واحد كما لو كان له ثلثة اثواب من صنف واحد فاوصى لرجل بثلث
الاثواب الثلثة او كان له شياه فاوصى بثلثها لرجل فهلك اثنان وبقي واحد فعندنا
للموصى له جميع الثوب الباقي وجميع الشاة الباقية وعنده له ثلث الثوب الباقي
وثلث الشاة الباقية وكذلك المكيل وكذلك الموزون ولو كانت التركة من
اجناس مختلفة بان كان له ابل وبقر وغنم فاوصى بثلث هذه الاصناف لرجل فهلك
صنفان وبقي صنف واحد اعني الابل او بقي البقر او بقي الغنم فللموصى له ثلث الباقي في
قولهم جميعا وجه قول زفر ان الموصي لما مات بقي المال مشتركا بين الورثة
والموصى له والمال المشترك اذا هلك بعضه هلك على الشركة وما بقي يبقى على الشركة

فكذلك ههنا الذي هلك اثلاثا والذي بقي بقي اثلاثا وبقول زفر نأخذ وهو تملك
القياس وجه قول ابي حنيفة وصاحبيه ان التركة اذا كانت واحدا لحق
الموصى له في الثلث المفرز لا في الثلث الشائع لان ما يحتمل القسمة فتسمية الجزء من
الجملة وتسمية القدر من ذلك سواء الا ترى ان العشر من عشرة اقفزة
والقفيز منها سواء ولولا ذلك لم يكن للقاضي حق الاجبار في القسمة بل للقاضي
ان يفرز نصيب الموصى له من هذه الدراهم الثلاثة مع غيبة الموصى له ولو امتنع
احد الورثة يجبره القاضي على ذلك ولو كان حق الموصى له في الثلث الشائع لم
يكن للقاضي ولاية الجبر على القسمة وولاية الافراز ايضا مع غيبة بعض الشركاء
فكانت الوصية بثلث ثلثة دراهم كالوصية بالدرهم ولو كانت الوصية
باسم الدرهم بقيت الوصية بحالها اذا كان يخرج الدرهم من الثلث فكذلك ههنا
مثاله من باع قفيزا من الحنطة فهلك جميع الحنطة الا قفيزا واحدا انصرف
البيع الى القفيز الباقي حتى يؤمر البائع بتسليمه الى المشتري وكذلك الوصية قال
الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وقد اتفقوا انه لو استحق الدرهمان وبقي الدرهم
فالدرهم الباقي للموصى له فكذلك اذا هلك الدرهمان وبقي الدرهم قال وكذلك
الثياب من صنف واحد وان لم تكن الثياب اشياء متساوية ولهذا تضمن بالقيمة
لا بالمثل ولو باع احد الاثواب الثلثة لا يجوز ولكنه الحق الاثواب اذا كانت
من جنس واحد في باب الوصية بالامثال المتساوية لان القسمة من باب القضاء
والتفاوت بين الثياب في الجنس الواحد يسير فكان للقاضي ان يلحقها بالامثال
المتساوية بخلاف البيع لان البيع ليس من باب القضاء وبخلاف الاتلاف لان ضمان
العدوانات مقيد بالمثل والقضاء بالقيمة اقرب الى المماثلة لانه فيه مماثلة من
حيث المالية والتقوم فتماثل القيمة المتلف معنى على كل حال والثوب لا يماثل المتلف

معنى على كل حال وقد يماثله في الصورة وقد لا يماثله في الصورة فكان المعنى ارجح
فكان القضا بالقيمة اولى فاما اذا كانت الوصية بثلث الاجناس المختلفة
نحو الموصا له في الثياب دون المعز حتى لا يكون للقاضي ولاية الافراز والجبر على القسمة
فلا يكون القضا بثلثها كالقضا بواحد فكانت وصية بثلث كل واحد منها والدور
المختلفة كالاجناس المختلفة لكثرة التفاوت بين الدارين في المنفعة في الضيق
والسعة وقرب الما وبعده والامن وحسن الجيران ونحو ذلك فكانت ملحقة بالاجناس
المختلفة فكان للموصى له ثلث الباقي وكذلك الرقيق الثلاثة من جنس واحد بمنزلة
الاجناس المختلفة لكثرة التفاوت ولهذا لا يصح التوكيل بشرا عبد بغير
عينه اذا لم يبين الثمن كما في الاجناس المختلفة هكذا اجاب محمد في الجامع الصغير
في الدور والرقيق بلا خلاف قيل هذا قول ابي حنيفة فاما على قولهما
فالدور جنس واحد وكذلك الرقيق جنس فيكون للموصى له العبد الباقي والدار
الباقية لان للقاضي ان يقسم قسمة واحدة فيجمع نصيب كل واحد منهم في عبد باعتبار
القيمة لاتحاد الجنس الى هذا مال الفقيه ابو الليث وفخر الاسلام وقاضي خان ٥
وقيل المذكور في الجامع الصغير قول الكل لان عندهما لا يجب على القاضي
القسمة بل يجوز له القسمة ويجوز ان يميل الى مذهب ابي حنيفة فقبل القسمة لم
يكن الرقيق ملحقا بالامثال المتساوية فصار نظير الاجناس المختلفة اذا هلك اثنان
منها كان للموصى له ثلث الباقي بالاجماع فكذا هنا وقال الفقيه ابو الليث في كتاب
نكت الوصايا الاصل في هذه المسايل اذا اوصى لرجل بثلث شي فهلك الثلثان او استحق
الثلثان وبقي الثلث فان كان الشي مما يحتمل القسمة انصرفت الوصية الى الباقي وان
كان الشي مما لا يحتمل القسمة ليس له من الباقي الا ثلثه ومثال ذلك اذا اوصى
بثلث الغنم او بثلث الثياب من جنس واحد او المكيل او الموزون فهلك الثلثان فالباقي

كله له لانه لو لم يهلك شي وارتفعوا الى القاضي كان للقاضي ان يجعل هذا
الباقي للموصى له فكذلك بعد هلاك الثلثين جاز ان يجعل ذلك الثلث له واما
اذا اوصى بثلث ثياب مختلفة او دواب مختلفة فهلك الثلثان وبقي الثلث ليس
له من الباقي الا ثلثه لانه لو لم يهلك شي وارتفعوا الى القاضي لم يكن للقاضي ان
يدفع هذا الباقي اليه فكذلك بعد هلاك الثلثين لم يجز له ان يدفع اليه لانه
لم يكن له من الوصية الا ثلثه ولو كان اوصى بثلث العبيد فهلك
الثلثان وبقي الثلث في قول ابي حنيفة له ثلث الباقي وفي قول ابي يوسف ومحمد
الباقي كله له لان من اصل ابي حنيفة انه لا يرى قسمة الرقيق لانه عنده
بمنزلة اجناس مختلفة وابو يوسف ومحمد يريان ذلك وكذلك اذا اوصى
بثلث دور مختلفة فاستحقت الداران وبقيت دار واحدة فهو على هذا الاختلاف لان
من اصل ابي حنيفة انه لا يرى جمع الانصبا في دار واحدة وهما يريان ذلك
وانه لو استحق الثلثان مشاعا وبقي الثلث فالباقي كله له في قولهم جميعا كذا
في كتاب نكت الوصايا قوله قال ولو اوصى بثلث ثيابه فهلك ثلثاها
وبقي ثلثها وهو يخرج من ثلث ما بقي من ماله لم يستحق الا ثلث ما بقي من الثياب ٥
اي قال القدوري في مختصره وهذا الذي ذكره في الثياب المختلفة الاجناس
فاذا كانت الثياب من جنس واحد كان له جميع الثوب الباقي اذا كان يخرج من
الثلث كالدراهم الباقي وقد مر البيان مستوفى قبل هذا قوله وكذا
المكيل والموزون بمنزلتهما ٥ اي بمنزلة الدراهم فيكون له جميع الباقي قوله
وقيل هذا قول ابي حنيفة وحده ٥ اي هذا الجواب في الرقيق والدور المختلفة
اذا بقي واحد وهو ان لا يكون له الا ثلث الباقي هو قول ابي حنيفة خاصة
وعندهما له جميع الباقي وقيل هو قولهم جميعا وقد مر بيانه قبل هذا قوله والاد

اشبه للفقه المذكور اي التي قيل ان ذلك الجواب قول ابي حنيفة وحده اشبه بمذهب
ابي حنيفة رضي الله للفقه المذكور وهو انه لا يرى الجبر على القسمة في الرقيق والدور
المختلفة لانه يجعلها اجناسا مختلفة فيكون عنده للموصى له ثلث الباقي وعندهما
له جميع الباقي لانهما يجعلان جنسا واحدا **قوله** ويرون ذلك يتعذر الجمع
اي ويرون الاجهاد يتعذر جمع نصيب احدهم في العبد الواحد والدار الواحدة
قبل معناه ما مر قبل هذا وهو ان القسمة لا يكون الرقيق ملحقا بالامثال
المتشابهة عندهما ايضا فيصير كالاجناس المختلفة فيكون للموصى له عندهما
ايضا ثلث الباقي من الرقيق ولا خلاف اذا في الجواب بيانه ان القاضي
يجوز له ان يقسم الدور والعبيد قسمة واحدة اذا راى القاضي المصلحة في ذلك
بان رآهم متقاربين اما قبل ان يرى ذلك فلا يجوز فانهما في نفسهما متفاوتة غاية
التفاوت فكان الاصل فيه ان لا يجمع حق احد الشركاء في عين منها وذهب
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في كتاب العين والدين الى ان هذا قول الكل
في العبيد والدور جميعا **قوله** قال ومن اوصى لرجل بالف درهم وله
مال عين ودين فان خرج الالف من ثلث العين دفع الى الموصى له اي قال القدوري
في مختصره وتمامه فيه وان لم يخرج دفع اليه ثلث العين وكل ما خرج من شيء من الدين
اخذ ثلثه حتى يستوفي الالف وذلك لان الموصى له شريك الورثة والاصل في
الشركاء ان يوفى حق كل واحد من غير ايقاع بخس في حق الاخر فاما اذا خرج الالف
من ثلث العين دفع الالف من العين الى الموصى له لانه لا يلزم البخس في حق احد
لانه يصل الثلثان من العين الى الورثة وان لم يخرج الالف الموصى به من ثلث العين
لم يدفع جميع الالف الى الموصى له من العين لانه يلزم حينئذ البخس في حق الورثة لترجيح
النقد على الدين ولان الدين ليس بمال مطلقا وانما يصير مالا بواسطة الاستيفاء

لان الدين وصف ثابت في الذمة فاذا كان كذلك كان الدين في معنى التاوي
ولهذا الوصف لمن لا مال له وله ديون على الناس لا يحنث وكان القياس
على هذا ان لا ياخذ الموصى له ثلث الدين ولكنا نقول لما انقلب مالا عند الاستيفاء
دخل تحت الوصية كالقصاص اذا انقلب مالا بعفو بعض الشركاء شارك الموصى له
الورثة فيه وان لم يكن له حق في نفس القصاص وقال الحاكم الشهيد في
باب الوصية بالعين والدين على الاجنبي من الكافي واذا كان للرجل مائة درهم عين
ومائة درهم على اجنبي دين فاوصى لرجل بثلث ماله فانه ياخذ ثلث العين وما خرج من
الدين بعد ذلك اخذ ثلثه حتى يخرج الدين كله واذا اوصى لرجل بثلث ماله ولاخر بثلث
العين اقتسما ثلث المائة العين نصفان لانهما في استحقاق ثلث المائة العين على السواء
لتناول الوصيتين اياه على السواء فان خرج من الدين خمسون درهما ضمت الى العين
وكان ثلث ذلك بينهما على خمسة اسهم لصاحب ثلث العين سهمان من ذلك في العين والباقي
مقسوم بين صاحب ثلث المال والورثة على ثلثة عشر سهما وذلك لان وصية احدهما
مقيدة بالعين ووصية الاخر مرسلة فالذي وصيته مقيدة بالعين يكون حقه في ثلث
العين وهو ثلثة وثلثون وثلث درهم ووصية الاخر بثلث الاخر في ثلث المال
المرسل وقد صار مال الميت مائة وخمسين عند خروج الخمسين من الدين فتبين ان
حقه في ثلث هذه الجملة وهو خمسون فاجعل تفاوت ما بين الحقين بينهما وهو ستة عشر
درهما وثلثا درهم فصار ثلثة وثلثون درهما وثلث درهم بينهما والخمسون ثلثة
اسهم لحق صاحب العين في ثلثة وثلثين وثلث وحق صاحب ثلث المال في جميع الخمسين
فلهذا اقتسما الخمسين الذي هو الثلث بينهما اخماسا سهمان للموصى له بثلث المائة
العين وذلك عشرون درهما كله في المائة العين لان وصيته مقيدة وما بقي وهو
مائة وثلثون تكون بين الورثة والموصى له بثلث المال على ثلاثة عشر سهما لانه شريك

الورثة فيقسم ذلك بينهم على قدر الحقوق حق الورثة في عشرة اسهم وحق الموصى له بثلث المال في ثلاثة اسهم وهو ثلثون والاصل فيه ان الوصية المرسلة تكون شائعة في كل المال لانه شريك الورثة وحق الموصى له في الوصية المقيدة يتقيد بما قيده الموصي ويقدم حقه على حق الورثة بشرط ان لا يزيد على الثلث ويكون بمنزلة الغريم في حق التقديم كذا ذكره شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي الذي هو مبسوطه **قوله** وانما يعتدل النظر بما ذكرناه اي النظر في حق الموصى له والورثة بايفاء كل ذي حق حقه من غير بخس في حق الآخر وهو ان لا يختص الموصى له بالعين اذا لم يخرج الثلث من العين **قوله** قال ومن اوصى لزيد وعمرو بثلث ماله فاذا عمرو ميت فالثلث كله لزيد اي قال القدوري في مختصره قال الحاكم الشهيد في الكافي ولو اوصى بثلثه لفلان وفلان او بين فلان وفلان ثم مات الموصي ثم مات احدهما كان للباقي نصف الثلث ونصف الثلث لورثة الميت منهما وقال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي وهذا على اوجه ثلثة اما ان كان فلان حيا يوم الوصية ثم مات بعد موت الموصي او قبله او كان ميتا يوم الوصية فان كان حيا بعد موت الموصي فالجواب فيه ما ذكرناه لانه صح اضافة الوصية اليهما ثم الاستحقاق في حقهما بموت الموصي فصار نصيب الميت وقد ملكه عند موت الموصي ميراثا عنه لورثته وان مات قبل موت الموصي بطلت حصته وللآخر نصف الثلث لانه صح الاضافة اليهما لانهما من اهل الاستحقاق للوصية يومئذ ثم بطل في حق من مات منهما قبل ان ينقلب حقيقة فبقي حصة الآخر وان كان فلان ميتا يوم الوصية فان كان الموصي قال بين فلان وفلان فللحي نصف الوصية ولا شيء للميت لان بين كلمة قسمة فقد جعل لكل واحد منهما نصف الوصية فاذا بطل نصيب الميت لا يكون للحي الا نصفه واما اذا قال لفلان وفلان واحدهما ميت فالوصية كلها للحي

لان الاضافة الى الميت منهما لغو فصار كما لو اوصى لزيد وجدار وحمار قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا وروي عن ابي يوسف انه قال ان كان الموصي علم بموت احدهما فالوصية كلها للحي وان لم يعلم بموته فللحي نصف الوصية لان الموصي اذا لم يعلم فقد قصد لكل واحد منهما بنصف الوصية فلا يثبت للحي اكثر من نصف الوصية وقال في شرح الطحاوي ولو قال اوصيت بثلث مالي لعمرو ولزيد ان كان فقيرا ينظر ان كان زيد وقت الموت فقيرا فالثلث بينهما وان لم يكن فقيرا او مات قبل ذلك بطلت حصته وانتقلت الى الورثة ولعمرو نصف الثلث وكذلك لو قال اوصيت بثلث مالي لفلان وفلان ان كان في الدار ينظر ان كان في الدار فالثلث بينهما نصفين وان لم يكن بطلت حصته وعادت الى ورثة الميت وبقي نصف الثلث للآخر ولو قال اوصيت بثلث مالي لفلان ولعقبه فان الثلث كله لفلان لان الاضافة الى العقب لا تصح لانهما لا يجتمعان معا ابدا لان العقب يكون بعده **قوله** وان قال ثلث مالي بين زيد وعمرو وزيد ميت كان لعمرو نصف الثلث وهذه من مسائل المختصر بيانها انما قال في شرح الطحاوي لو اوصى بثلث ماله لفلان ولواحد من ورثته فان اجاز سائر الورثة فالثلث يكون بين فلان والوارث نصفين وان لم تجز سائر الورثة بطلت الوصية في حق الوارث وبقي نصف الثلث للاجنبي ولا يكون جميع الثلث للاجنبي لان اضافته الى وارثه صحيحة الا ترى انه لو اجاز سائر الورثة جاز فقد اوصى لكل واحد منهما بنصف فيكون ذلك وقال فيه ايضا ولو ان المريض اقر بمال لواحد من ورثته وللاجنبي كما اذا اقر لهما بالف درهم وتصادقا فيما بينهما بالشركة فان هذا الاقرار باطل في حقهما جميعا اما في حق الوارث فلا يشكل لان ذلك وصية ولا وصية لوارث وكذلك في حق الاجنبي لان الاقرار واحد فلو قلنا يجوز في حق الاجنبي

فللوارث ان ياخذ منه ما اقر به له ان يرجع بذلك في التركة ثم للوارث ان ياخذ
فيؤدي الى جواز الاقرار لهما لان الاقرار اقرار واحد فاذا بطل في نصفه بطل في كله
واذا بطل الاقرار تقسم التركة بين الورثة فما اصاب هذا الوارث المقر له من ذلك
يقسم بينه وبين الاجنبي لاتمام الاقرار وما زاد على ذلك يكون للوارث لان من زعمهما
ان هذا الاقرار دين على الميت والدين مقدم على الميراث هذا اذا تصادقا ولو انكر
الاجنبي الشركة مع الوارث وقال كان لي خمسماية على الرهن ولا ادري اكان للوارث
ام لا والوارث يصدقه ام يكذبه فالاقرار باطل ايضا عند ابي حنيفة وابي يوسف لما
ذكرنا انه لما بطل في حق احدهما بطل في حق الآخر لان الاقرار اقرار واحد وعند
محمد لما انكر الاجنبي شركة الوارث او تكاذبا فان الاقرار في حق الاجنبي صحيح
ويكون له خمسماية ثم لما بطل الاقرار عندهما كان المال ميراثا لورثة الميت فما اصاب
الوارث المقر له فانه ينظر ان كانا متصادقين فقد ذكرنا جوابه وان كانا متكاذبان
فما اصاب الوارث فهو كله له ولا شركة للاجنبي فيه لانه يكذبه في ذلك وان كان
الاجنبي يكذبه وهو يصدقه فالخمسماية مما اصابه للاجنبي لانه لما صدقه الوارث
فقد اقر انه كان له على الميت خمسماية فانه مقدم على الميراث الا انه ادعى الشركة
فيه وهو يكذبه في الشركة فالقول قول الاجنبي ويأخذ تلك الخمسماية كلها
كذا في شرح الطحاوي للامام الاسبيجابي رحمه الله قوله ومن اوصى بثلث ماله
ولا مال له واكتسب مالا استحق الموصى له ثلث ما يملكه عند الموت اي قال
القدوري في مختصره وذلك لان الوصية عقد مضاف الى ما بعد الموت لانه
تمليك بعد الموت ولهذا يعتبر القبول والرد بعد الموت وكان وجود المال عند
الموت شرطا لا قبله والمضاف الى الشرط كالموجب عنده فصار كانه قال عند الموت
ثلث مالي لفلان فيستحق ثلث ما يملكه في تلك الحال ولا يعتبر ما قبله قوله

لما بينا اشارة الى قوله لان الوصية عقد استخلاف مضاف الى ما بعد الموت
قوله ولو اوصى له بثلث غنمه فهلك الغنم قبل موته او لم يكن له غنم في الاصل
فالوصية باطلة وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا على مسألة المختصر وذلك لما
ذكر ان الوصية ايجاب بعد الموت فيعتبر قيام ما اوصى به عند الموت قال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ولم يذكر في الكتاب انه اذا لم يكن
له غنم فاستفاده ثم مات هل تصح الوصية اختلف مشايخنا فيه قال والصحيح انه
يصح لانه يعتبر قيامه عند الموت ووجوده قبل ذلك فضل الا ترى ان الحكم
فيه هذا لو كان بلفظ المال فكذا باسم النوع يعني لو اوصى الرجل بثلث ماله الرجل ملك
ذلك المال واكتسب مالا آخر كان ثلث ما اكتسبه للموصى له والمال اسم للجنس والغنم
اسم للنوع فيما ذكر باسم الجنس يعتبر الوجود وقت الموت فكذا فيما ذكر باسم النوع لان
الوصية وجوبها وقت الموت وقال بعضهم اذا كان له غنم فهلك فاستفاد مالا
غنما آخر بطلت وصيته لانه اضاف الى مال خاص فصار بمنزلة التعيين قال
الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا هذا القول ليس بصحيح عندنا لانه اضاف الوصية
الى غنم مرسل بغير تعيين فصار بمنزلة اضافته الى ثلث المال قوله ولو قال
له شاة من مالي وليس له غنم اعطي قيمة شاة ذكره تفريعا ايضا قال الحاكم في
الكافي ولو قال له شاة من مالي وليس له غنم فذلك جائز يعطى له قيمة شاة وذلك
لانه لما اضافه الى المال وعينه لا توجد في المال علمنا ان مراده الوصية بمالية
الشاة لا بعينه وقدر ماليته موجود في مطلق المال قال شيخ الاسلام علاء الدين
الاسبيجابي في شرح الكافي ولم يذكر في الكتاب انه لو اوصى بشاة ولم يقل من ماله ما
ذا حكمه وقد اختلف فيه مشايخنا بعضهم قالوا لا يصح لان الشاة اسم للصورة والمعنى
وانما صرفنا الاسم الى المعنى بدلالة الاضافة الى مطلق المال ولم توجد هذه القرينة

وبعضهم قالوا يصح لانه متى لم يكن موجودا يكون المراد مطلق المالية فيعطى
له شاة او قيمة شاة فيصير كقوله شاة من مالي ولا يصير كقوله شاة من مالي غنمي
او قفيز من حنطتي حيث لا تثبت له الوصية اذا لم يكن له غنم او حنطة لانه
اضاف الوصية الى غنمه او الى حنطته والى هذا القول ذهب الفقيه ابو الليث
في كتاب نكت الوصايا وقد ذكر في السير الكبير مسئلة تؤيد هذا الوجه وهو
ان الامام اذا نفل سرية فقال من قتل قتيلا فله جارية من السبي وفي السبي جواري يعطى
لمن قتل قتيلا الجارية ولو قال فله جارية وليس في السبي جارية يعطى له قدر مالية
جارية فدل ان ذكر الشاة مطلقا ومقيدا بالمال سوا اذا لم يكن له غنم في الحال وكذلك
لو قال قفيز حنطة من مالي او ثوب من مالي قوله ولو قال شاة من غنمي ولا
غنم له فالوصية باطلة وهذه من مسائل الاصل ذكرها تفريعا ايضا قال
الحاكم الشهيد في الكافي ولو قال شاة من غنمي او قفيز من حنطتي ثم مات وليس له غنم
ولا حنطة فالوصية باطلة قال في شرح الكافي لانه لما اضافه الى الغنم
علمنا ان مراده الوصية بعين الشاة لانه جعله جزا من الغنم وانه يصلح جزا للغنم بصورته
ومعناه فصارت الوصية بشي معدوم ولا وجود له عند الموت ايضا فلا يصح بخلاف ما
اضاف الى مطلق المال قوله وعلى هذا يخرج كثير من المسائل قال
الكرخي في مختصره قال ابن سماعة عن ابي يوسف في نوادره اذا اوصى الرجل فقال
لزيد شاة من غنمي او قال نخلة من نخلي او قال جارية من جواري ولم يقل في شي من
ذلك من غنمي هذه ولا جواري هولاء ولا نخلي هذا فان الوصية في هذا تقع يوم
يموت الموصي ولا تقع يوم يقتسمون ولو ماتت غنمه تلك او باعها فاشترى مكانها
او ماتت جواريه فاشترى غيرهن او باع النخل فاشترى غيره فان للموصى له نخلة من نخله
يوم يموت لان الوصية وقعت يوم مات وليس للورثة ان يعطوه غير ذلك ولكن

يعطونه من اي ذلك شاؤا فان ولدت الغنم قبل ان يموت الموصي او ولدت الجواري قبل
موت الموصي فلحقت الاولاد الامهات ثم مات الموصي فان للورثة ان يعطوه ان شاؤا
من الاولاد وان شاؤا من الامهات من قبل ان الوصية انما وقعت يوم مات على شاة
من غنمه وعلى جارية من جواريه فلم يقل الموصي هذه فيوصي بشي بعينه فان اختار الورثة
ان يعطوه شاة من غنمه ولها ولد ولدته بعد موت الموصي فان ولدها يتبعها وكذلك
صوفها ولبنها اذا اختاروا ان يدفعوها اليه دفعوا معها الولد والصوف واللبن
لان الوصية وجبت له بها يوم مات الموصي فاما الولد الذي ولدته قبل موت الموصي
والصوف واللبن فليس له من ذلك شي قال ابو الحسن يعني اذا كان الصوف جز
قبل الموت واللبن حلب قبل الموت ثم قال الكرخي ولو قال قد اوصيت
له بشاة من غنمي او قال قد اوصيت له بجارية من جواري هولاء او قال قد اوصيت
له باحدى جاريتي هاتين فهذا انما هو على هذه الغنم باعيانها وعلى النخل بعينه وعلى
الجواري باعيانهن لو موتت الغنم او الجواري او باع النخل بطلت وصيته فان ولدت
الغنم او ولدت الجواري في حيوة الموصي ثم اراد الورثة بعد الموت ان يعطوه من الاولاد
لم يكن له ذلك لان الوصية على الغنم باعيانها وعلى الجواري باعيانهن وعلى النخل
بعينه فان اعطوه شاة او جارية او نخلة اتبع الجارية ولدها والشاة ولدها والنخلة
ثمرتها ولا يتبعها ما كان قبل موت الموصي انه انما وجب له ذلك بالموت على ذلك
الشي بعينه فان كان الورثة قد استهلكوا من الاولاد والثمرة شيئا وكان ذلك بعد
موت الموصي فانه يلزمهم ذلك له يغرمون قيمته اذا اختاروا دفع شي من ذلك وقد
كان له ولد بعد الموت او ثمرة قد استهلكوها غرموه فان قال قد اوصيت باحدى جواري
هولاء او بشاة من غنمي هذه فولدت الغنم والجواري بعد الموت فللورثة ان يعطوه
اي الجواري شاؤا واي الغنم شاؤا واي ذلك اعطوه تبعه ولده فان ارادوا ان يعطوه

من الاولاد دون الامهات لم يكن له ذلك وان موتت الامهات كلها الا واحدة
كان حقه في هذه الواحدة خاصة عليهم ان يدفعوها وان كان لها ولد تبعها وكذلك
ان كانت نخلة تبعها ثمرها فان موتت الامهات واحترقت النخل كله وقد بقي له ثمرة فان
على الورثة ان يدفعوا اليه اي ثمر النخل شاوا ولا تبطل وصيته الى هنا لفظ الكرخي
رحمه الله في مختصره **قوله** قال ومن اوصى بثلث ماله لامهات اولاده وهن
ثلاث وللفقراء والمساكين فلهن ثلثة اسهم من خمسة اسهم ه اي قال محمد في الجامع
الصغير ولفظ محمد فيه عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل اوصى بثلث ماله
لامهات اولاده ثلاث وللفقراء والمساكين قال يقسم الثلث على خمسة اسهم لامهات
اولاده ثلثة اسهم للفقراء سهم وللمساكين سهم الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير ولم يذكر فيه
الخلاف بين اصحابنا وقال الصدر الشهيد رحمه الله في شرح الجامع الصغير
وروي عن محمد في غير هذا الكتاب انه يقسم على سبعة اسهم سهمان للفقراء وسهمان
للمساكين وثلاثة لهن وجه قول محمد ان الفقراء جمع وكذلك المساكين واسم
الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين فصاعدا الا ترى الى قوله تعالى فان كان
له اخوة فلامه السدس ويحجب الاثنان منهم فصاعدا الام من الثلث الى السدس فعلم
ان الاثنين لهما حكم الجمع فلما كان للاثنين حكم الجمع في الميراث كان لهما حكم الجمع
في الوصية ايضا لان الوصية اخت الميراث لان كل واحد منهما يحصل به الملك بعد
الموت وبين الفقير والمسكين مغايرة بدليل العطف في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء
والمساكين لان العطف يقتضي المغايرة بدليل ان الشي لا يعطف على نفسه فكان
للفقراء سهمان وللمساكين سهمان وامهات الاولاد يعتبر فيهن عدد رؤسهن وهن
ثلثة فيكون لهن ثلثة اسهم وهذا لان عددهن محصور بخلاف الفقراء والمساكين
فيكون الكل سبعة ولابي حنيفة وابي يوسف ان الفقراء ذكرت بلام التعريف

وكذلك المساكين ولام التعريف يراد به الجنس اذا لم يكن ثمة معهود والجنس يتناول
الادنى مع احتمال الكل الا ترى الى قوله تعالى لا يحل لك النساء من بعد وكذا
من حلف لا يتزوج النساء حنث بنكاح امراة واحدة وكذلك من حلف لا يكلم
الناس حنث بكلام واحد وكذلك من حلف لا يشتري الثياب يقع على الواحد فيعتبر
في كل فريق من الفقراء والمساكين واحد وامهات الاولاد ثلثة فيقسم الثلث على خمسة
اسهم وعلى هذا لو اوصى بثلث ماله لفلان والمساكين يكون نصفه لفلان ونصفه
للمساكين وعند محمد يقسم الثلث اثلاثا ثلثه لفلان وثلثاه للمساكين **قوله**
وادناه في الميراث ه احترز به عن فصل الزكوة لان ثمة اريد بالجمع الواحد باجماع
اصحابنا كما في قوله تعالى انما الصدقات للفقراء والمساكين وقد روي عن ابي يوسف
انه جعل الفقير والمسكين واحدا قال الكرخي في مختصره قال ابن سماعة
سمعت ابا يوسف في رجل اوصى بثلث ماله للبايس والفقير والمسكين قال وهذا في قول
ابي حنيفة الثلث على ثلثة اجزاء للبايس وهو الضرير الذي به الزمانة اذا كان محتاجا
والفقير وهو المحتاج الذي لا يطوف بالابواب والمسكين وهو الذي يسال ويطوف
وقال ابو يوسف هو على جزئين الفقير والمسكين واحد والبايس واحد وقال
معلى عن ابي يوسف في هذه المسئلة هو في قياس قول ابي حنيفة على ثلاثة للبايس منهم
سهم وللفقير منهم سهم وللمسكين سهم وفي قول على اثنين للضرير صاحب الزمانة سهم
وللفقير وللمسكين سهم الى هنا لفظ الكرخي في مختصره **قوله** قال ولو اوصى
بثلثه لفلان وللمساكين فنصفه لفلان ونصفه للمساكين عندهما وعند محمد ثلثه
لفلان وثلثاه للمساكين ه اي قال محمد في الجامع الصغير وهذا بناء على ما قلنا في المسئلة
المتقدمة وهو ان الجمع في باب الميراث يتناول الاثنين فيكون للمساكين ثلثا الثلث
عند محمد وثلث الثلث لفلان وعندهما اللام للجنس لعدم العهد وادناه الواحد فيكو

النصف من الثلث للساكن قال شمس الائمة السرخسي واصل هذا فيما اذا اوصى
بثلثه للساكين عند ابي حنيفة وابي يوسف للوصي ان يصرف الجميع الى مسكين واحد وعند
محمد ليس له ان يصرف الا الى مسكينين نصا عدا قوله قال ومن اوصى لرجل
بماية درهم ولآخر بماية ثم قال لآخر قد اشركتك معهما فله ثلث كل ماية ه اي قال
القدوري في مختصره في الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه
في الرجل يوصي للرجل بماية درهم ثم يوصي لآخر بماية درهم وصيتين متفرقتين ويقول لآخر
قد اشركتك فيما اوصيت لهما به قال له ثلث كل ماية منهما الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير وذلك لان الشركة تقتضي المساواة لقوله تعالى وان كانوا اكثر من ذلك
فهم شركاء في الثلث فيستوي في الثلث الذكور والاناث جميعا فكذا هنا لما اضاف
الشركة اليهما وجب ان يساوي كل واحد منهما وذلك لا يكون الا بان يحصل له ثلث
ما في يد كل واحد منهما ليصير له مثل ما بقي لكل واحد منهما وقال يعقوب ومحمد
ان كان اوصى لرجل باربعماية ولآخر بمايتين ثم قال لآخر قد اشركتك فيما اوصيت لهما
كان له نصف كل مال بخلاف المسألة الاولى قال فخر الاسلام البزدوي في
شرح الجامع الصغير وهذا قولهما جميعا غير انه لم يحفظ نصا عن ابي حنيفة وليس هذا
كالاول لان في الفصل الاول امكن التسوية من كل وجه بينهم جميعا وفي الفصل
الثاني لا تمكن التسوية بينهم جميعا فانصرف الى التسوية مع كل واحد منهما لانه لما
اوصى لاحدهما بالمايتين وللآخر باربعماية لم تجب المساواة فيما بينهما فلما قال للثالث
اشركتك في وصيتهما علم انه اراد به المساواة مع كل واحد منهما فله ان ياخذ من كل واحد
منهما نصفه وكذلك لو اوصى لاحدهما بجارية وللآخر بجارية اخرى وقيمتهما سواء كان
له نصف كل واحد منهما لان القول بالاستواء على الاجتماع غير ممكن وقال
الفقيه ابو الليث في قياس قول ابي يوسف ومحمد له الثلث من كل واحد منهما وفي قياس

قول ابي حنيفة له من كل واحد منهما نصفها لانه لا يرى قسمة الرقيق فصار بمنزلة وصيتين
مختلفتين وابو يوسف ومحمد يريان قسمة الرقيق فصار كانه اوصى بالالف لهذا وبالالف
لهذا ثم اشرك ثالثا بينهما كذا قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وهذه
المسائل من الخواص قوله علما باللفظ ه اي بقوله اشركتك قوله قال
ومن قال لفلان علي دين فصدقوه معناه قال ذلك لورثته فانه يصدق الى
الثلث اي قال في الجامع الصغير وصورته فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في الرجل يحضره الوفاة يقول لورثته ان لفلان علي دينا فصدقوه فيما
قال ثم يموت قال يصدق فيما بينه وبين الثلث قال صاحب الهداية وهذا
استحسان وفي القياس لا يصدق وجه القياس انه اقر بدين مجهول لا يعرف
قدره فلا يمكن الحكم به الا بالبيان وامره بالتصديق مخالف للشرع لانه امر
بتصديق المدعي من غير حجة فلا يعتبر وجه الاستحسان ان المقر قصد بهذا
الكلام تقديم فلان على الورثة وهو مالك لذلك في الثلث بطريق الوصية وهذا
لانه قد يعرف اصل الحق دون مقداره فيسعى في تخليص ذمته عنه فيجعل ذلك
وصية يكون تقديرها الى الموصى له بتقديرها ما شاء فكانه قال اذا جاءكم فلان وادعى
من مالي فاعطوه ما شاء ولو قال هكذا صح كلامه ويكون انفاذه من الثلث لا غير
فكذا هذا لانه وصية والوصية جوازها في الثلث قال في الجامع الصغير
وان كان اوصى مع ذلك بوصايا عزل الثلث لاصحاب الوصايا والثلثان للورثة
وقيل لاصحاب الثلث اقروا له بما شئتم وقيل للورثة اقروا له بما شئتم فيؤخذ
اصحاب الوصايا بثلث ما اقروا وذلك لان حق اصحاب الوصايا معلوم وهو الثلث
وحق الورثة ايضا معلوم وهو الثلثان فاما حق هذا الرجل ليس بدين معلوم
ولا وصية معلومة لكنه دين في حق الشحيح وصية في حق التنفيذ فاذا افرزنا

الثلث والثلثين قلنا ان في التركة دينا شايعا في النصيبين في نصيب
الموصى له وفي نصيب الورثة فيومر كل فريق بالبيان ثم يوخذ اصحاب الوصايا بثلث ما
اقروا لان ما اباحه الرجل وصية في حقهم وما فضل من الثلث يكون لهم ويوخذ الورثة
بثلثي ما اقروا وما فضل من الثلثين يكون للورثة لان الدين المقر به صار مقضيا
فلم يبق للمقر له بالدين حق في الوصية والميراث حتى اذا قال الموصى له ان الدين مائة
يعطي المقر له بدين مجهول ثلث المائة مما في يد الموصى له فان فضل شي يكون له والا فلا
وان قال الورثة الدين ثلثمائة يعطي المقر له بدين مجهول ثلثي ذلك وهو المائتان
مما في ايدي الورثة فان فضل شي يكون لهم والا فلا وفي الاقرار فايدة
اخرى وهي ان احد الفريقين قد يكون اعرف بالحق وابصر له والاخر الدواح ويجوز
ان يختلفوا على الفضل ان ادعى الخصم ذلك وبعد الاقرار يصح اقرار كل فريق فيما في
يده بلا نزاع قالوا وعلى كل فريق من الموصى له والورثة اليمين على العلم ان
ادعى المقر له بالدين زيادة على ذلك لانه يحلف على ما جرى بينه وبين غيره لا على
فعل نفسه فلا يحلف على البتات **قوله** قال ومن اوصى لاجنبي ولوارثه
فللاجنبي نصف الوصية وتبطل وصية الوارث اي قال في الجامع الصغير وصورتها
فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه انه قال اذا اوصى لوارث ولاجنبي
بوصية جازت وصية الاجنبي وبطلت وصية الوارث الى هنا لفظ اصل الجامع
الصغير وذلك لان الايصاء انشاء تصرف وابتداء ايجاب فيصح في حق من يستحقه
ولا يصح في حق من لا يستحقه ولا يبطل حق احدهما ببطلان حق الاخر لان الشركة
بينهما من حكم الايجاب وقد تعذر الايجاب في حق احدهما فلا يلزم من ذلك ان يتعذر
الايجاب في حق الاخر لانه ابتداء تصرف وعلى هذا اذا اوصى للقاتل وللاجنبي بخلاف
اذا اوصى لحي وميت حيث يكون كل الوصية للحي لان الميت ليس باهل للوصية لانه لا

ركة
يصلح مالكا وبخلاف ما اذا اقر المريض لوارثه وللاجنبي بعين او دين فجحد الاجنبي شـ
الوارث او رد الوارث الاقرار لم يصح نصيب الاجنبي عند ابي حنيفة وابي يوسف
وقال محمد يصح نصيب الاجنبي وان لم يجحد الشركة لم يصح في قولهم لان الاقرار ليس
بتمليك مبتدا بل هو اخبار عن ماض فيستدعي مخبرا به والمخبر به هو الدين المشترك
ولا سبيل الى اثباته بالاشتراك لانه يصير الوارث فيه شريكا ولا سبيل الى اثباته
بلا اشتراك لانه خلاف ما اخبر به المقر فاذا لم يصح المخبر به وهو بمنزلة العلة
لم يصح الخبر وهو بمنزلة الحكم لانه بناء على ذلك وجه قول محمد ان
الاقرار للاجنبي صحيح وانما يبطل بشركة الوارث فاذا جحد شركة الوارث لم تحصل
الشركة فصح الاقرار فاما اذا صدقه فقد اثبت الشركة بفعله فيصير مسقطا لحق نفسه
قال الحاكم الشهيد في الكافي واذا اوصى الرجل بعبده لبعض ورثته ولاجنبي
جازت حصة الاجنبي وبطل حصة الوارث وكذلك الوصية للقاتل وللاجنبي وقال
شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي ومن الناس من قال يصرف
الوصية كله الى الاجنبي لان القاتل والوارث لا يصلح مستحقا فصار كما لو
اوصى لحي وميت قال والصحيح ما قال في الكتاب لان الوصية للوارث والقاتل
ليس بباطل ولهذا تجوز باجازة الورثة فاذا اضاف اليهما انقسم عليهما ثم بطل
بالرد في حق احدهما وبقي في حق الاخر بحصته كما اذا اوصى لاجنبيين بعبد ثم رد احدهما
او مات لم يكمل حق الاخر كذا هذا وهذا بخلاف ما اذا اقر لوارث واجنبي انه
لا يصح في حق الاجنبي ايضا لان الصحة في حق الاجنبي يؤدي الى الفساد في الثاني لانه
لو صح في حق الاجنبي لشاركه الوارث ثم بطل في حصته ثم يشاركه ثم تبطل حصته فلا يزال
هكذا الى ان يبطل كله وفي الايصاء وهو الانشاء لا يتاتى لان حصة احدهما ممتازة
عن الاخر بقاء وبطلانا اعني تبقى الوصية صحيحة في حق الاجنبي وتبطل في حق الوارث.

قوله قال ومن كان له ثلاثة اثواب جيد ووسط ورديء فاوصى بكل واحد
لرجل فضاع ثوب ولا يدرى ايها هو والورثة تجحد ذلك فالوصية باطلة ه اي
قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في رجل
اوصى لثلاثة نفر فقال لفلان هذا الثوب الجيد ولفلان رجل آخر هذا الثوب
الرديء ثم مات الموصي ثم هلك واحد من الثلاثة الاثواب لا يدرى ايها هلك والورثة
تجحد قال الوصية باطلة الا ان يقول الورثة قد سلمنا هذين الثوبين فيقسمونها على
قدر وصاياهم فاذا قالوا ذلك فان لصاحب الجيد ثلثي هذا الجيد ولصاحب الاوكس
ثلثي هذا الاوكس ولصاحب الاوسط ثلثي هذا الجيد الذي بقي وثلث هذا الاوكس
الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير قالوا في شروح الجامع الصغير المراد بقوله
ان الورثة يجحدون ان حق كل واحد منهم بعينه ويقولون حق واحد منكم باطل ولا
ندري من بطل حقه ومن بقي حقه وانما بطلت الوصية لان الموصى له صار مجهولا وجهالة
الموصى له تمنع صحة الوصية كما لو اوصى لاحد هذين الرجلين بكذا فان قالت الورثة سلمنا
لكم هذين الثوبين فاقتسموها بينكم صح لان الوصية كانت صحيحة وانما بطلت
بجهالة طارية توجب منازعة وهي تحتمل الزوال بالتسليم من الورثة فاذا سلموا صحت
الوصايا وعادت الى الصحة وكان لصاحب الجيد ثلثا الجيد الذي بقي ولصاحب
الرديء ثلثا الرديء الذي بقي ولصاحب الوسط ثلث كل واحد من الثوبين الباقيين لان صاحب
الرديء لا حق له في الجيد بيقين لان الجيد الباقي اما وسط او جيد في الواقع ولا حق
لصاحب الرديء فيهما وصاحب الجيد لا حق له في الرديء بيقين لان الرديء الباقي اما وسط
او رديء في الواقع ولا حق لصاحب الجيد فيهما واما المشكل حق صاحب الوسط لان الثوب
الهالك ان كان ارفع من هذين الباقيين كان حق صاحب الوسط في الجيد الباقي
وان كان اردى من الباقيين كان حقه في الرديء الباقي لانه وسط في الواقع فتردد حقه في

الثوبين يتعلق بهذا مرة وبالآخر مرة وحق صاحب الجيد وصاحب الرديء لا يتردد فلهذا
جعل لكل واحد منهما حق متعين في احد الثوبين وجعل لصاحب الوسط ثلث كل
واحد من الثوبين اذ كل واحد من الثوبين في حال بقاء حقه يحتمل ان يكون وسطا
فلم يتعين حقه في احد الثوبين بل تفرق حقه فيهما فاخذ ثلث كل واحد منهما قوله
وتحصيل المقصود ه اي جهالة المستحق تمنع تحصيل مقصود الموصي وهو اتمام غرضه
قوله قال الا ان يسلم الورثة الثوبين الباقيين ه اي قال في الجامع
الصغير وهذا استثناء من قوله فالوصية باطلة والبيان مر مستوفى
قوله قال واذا كانت الدار بين رجلين اوصى احدهما ببيت بعينه لرجل
فانها تقسم فان وقع البيت في نصيب الموصي فهو للموصى له عند ابي حنيفة وابي يوسف
وعند محمد نصفه للموصى له وان وقع في نصيب الآخر فللموصى له مثل ذرع البيت
وهذا عند ابي حنيفة وابي يوسف وقال محمد مثل ذرع نصف البيت ه اي قال محمد في
الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في دار بين رجلين اوصى احدهما ببيت
بعينه لرجل ثم مات قال اذا قسمت الدار فان وقع البيت في نصيب الميت كان
البيت لصاحب الوصية وان وقع في نصيب الآخر كان لصاحب الوصية مثل
ذرع البيت كله فيما اصاب الموصي الميت في قول ابي حنيفة وابي يوسف وقال
محمد له نصف البيت ان وقع في نصيب الذي اوصى به وان وقع في نصيب الآخر كان
له مثل نصف ذرعه الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير وجه قول محمد انه
اوصى بما يملكه وبما لا يملكه لان البيت مشترك بينه وبين صاحبه فتنفذ الوصية
فيما يملكه وهو نصيبه ولا تنفذ فيما لا يملكه وهو نصيب صاحبه غاية ما
في الباب انه يملك البيت بعد القسمة اذا وقع البيت في نصيبه ولكن القسمة مبادلة
لانه اخذ البيت بدلا عن نصيبه مما في يد صاحبه فلا تنفذ الوصية السابقة بالملك

الحادث بعد الوصية في الموصى به كما اذا اوصى بملك الغير ثم ملكه بوجه من الوجوه
حيث لا تصح الوصية فكذلك ههنا ثم اذا وقع البيت في نصيب الموصي يأخذ الموصى
له نصف البيت لانه قدر ما يملك ايصاءه في عين البيت وان وقع البيت في نصيب
صاحبه يأخذ الموصى له من نصيب الموصي مقدار ذرع نصف البيت تنفيذا للوصية
في بدل الموصى به عند تعذر الاصل كما اذا قتل العبد الموصى به خطأ تنفذ الوصية
في بدله بخلاف ما اذا باع الموصي العبد حيث لا تتعلق الوصية بثمنه لان البيع
دليل الرجوع فتبطل الوصية اصلا ولا تبطل بالقسمة لانه ليس بدليل الرجوع
ووجه قولهما ان ايجاب الوصية في البيت تناول ملك الموصي على الاحتمال
لان الحال متردد وقت الايصاء بين ان يقع هذا البيت في نصيبه وبين
ان يقع في نصيب شريكه فيتوقف حكم الوصية على القسمة فيكون ذلك وصية بما
يستقر ملكه بالقسمة لان ملك الموصي على اعتبار القسمة هو الملك التام الكامل
المنتفع به لان الانتفاع بالمشاع قاصر والظاهر ان الموصي قصد الايصاء بالملك
الكامل لانتفاعه فصار كان الموصي قال هذا البيت لفلان ان وقع في قسمي وان لم
يقع في قسمي فله مثل ذلك ولو انه افصح بذلك فله مثل ذلك اذا لم يقع في قسمه فكذا
هنا تحقيقه ان القسمة افراز وتعيين للملك انما وجدت الا ان معنى المبادلة
في الاشياء المتفاوتة غالب والاجزاء هنا متفاوتة فاحتيج الى القضاء او الرضا الملحق
بما لا تتفاوت اجزاؤه ولما التحق بذلك بالتراضي او القضاء الذي هو واجب لضرورة تكميل
المنفعة بقي في ذلك شبهة المبادلة فوجب العمل بالشبهة فيما يختص بالشبهة لا غير وهو
بيع المرابحة حتى لم يكن له ان يبيعه مرابحة ولما كان اصل القسمة افرازا صار
البيت عين حق الموصى له اذا وقع في نصيب الموصي فيجب انفاذ الوصية في ذلك واذا لم يقع
في نصيبه صار غير حقه فيجب له مثل ذرعان البيت حقا له مما وقع في نصيب الموصي لان مثل

ذرعان البيت عوض البيت او لان مراد الموصي من الوصية بالبيت المشترك بينه
وبين صاحبه التقدير بذرعانه على ان يكون للموصى له من ملكه ذلك القدر
تحصيلا لمقصوده وهو تنفيذ الوصية لان مقصوده لا يحصل اذا اريد به التمليك بعينه
لانه ربما يقع بعد القسمة في نصيب صاحبه ولكن اذا وقع البيت في نصيب الموصي تعين
البيت لتنفيذ الوصية لوجود معنى التقدير والتمليك بعينه جميعا واذا وقع في
نصيب صاحبه يجب مثل ذرعانه لامكان معنى التقدير وتعذر التمليك بعينه او لان
الموصي اراد بذكر البيت التقدير به على اعتبار احدى الجهتين وهي ما اذا وقع البيت
في نصيب شريكه والتمليك بعينه على اعتبار الجهة الاخرى وهي فيما اذا وقع في نصيبه كما
اذا علق عتاق الولد وطلاق المرأة باول ولد تلده الامة فقال اذا ولدت امتي
اول ولد فهو حر وانت طالق يكون المراد في جزاء الطلاق مطلق الولد حتى تطلق
المرأة بولادة الولد كيف كان حيا او ميتا لان مطلق الولد يصلح جزاء للطلاق وفي
جزاء العتق يكون المراد ولدا حيا لان الميت ليس بمحل للعتق حتى اذا ولدت ميتا
ثم ولدت حيا يعتق الحي عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد عرف في المختلف ثم
اذا وقع البيت في نصيب غير الموصي والدار مائة ذراع والبيت منها عشرة اذرع
يقسم نصيب الموصي وهو خمسون ذراعا بين الموصى له والورثة على عشرة اسهم عند
محمد تسعة اسهم منها للورثة وسهم للموصى له لانه يجعل كل خمسة اذرع سهما وخمسة
اذرع نصف البيت وهو للموصى له والباقي من نصف الدار وهو خمسة واربعون ذراعا
للورثة وعندهما يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على احد عشر سهما فالموصى
له يضرب بالعشرة والورثة بخمسة واربعين فيجعل كل خمسة سهما فيصير احد عشر
سهما للموصى له سهمان وللورثة تسعة اسهم كذا قال فخر الاسلام البزدوي وغيره
في شرح الجامع الصغير بيانه ان الايجاب لامح وهو متناول للبيت وهو عشرة

اذرع من الدار فاذا رفعنا العشرة من المائة بقي تسعون بين الشريكين لكل واحد
منهما خمسة واربعون لورثة الموصي وعشرة الموصى له اذا ضمت الى خمسة واربعين
تصير خمسة وخمسين فيجعل كل خمسة سهما فيصير احد عشر سهما وهذا بيان
كلامهم ولنا فيه نظر لانه على هذا التقدير كان ينبغي ان يكون نصيب شريك
الموصي خمسة واربعين ذراعا فينتقص اذن من نصيبه خمسة اذرع لان نصيبه من
جميع الدار خمسون ذراعا كاملا وقد نقص الخمسة فلا يجوز لانه حينئذ يلزم تمليك
الموصي ملك شريكه فليس له ذلك وايضا اذا كان للموصى له سهمان من احد عشر
ينقص نصيبه لا محالة لان سهمين من احد عشر اقل من سهم من خمسة وايضا يزداد حق
الورثة ايضا بسهم لان لهم ما وراء قدر البيت من نصيب الموصي ونصيبه خمسون ذراعا
ورفع للموصى له عشرة من نصيبه فبقي اربعون وهم اخذوا خمسة اخرى وقال
بعض الشارح يقسم نصيب الموصي بين الموصى له والورثة على خمسة اسهم عندهما
فالعشرة اذرع للموصى له والاربعون ذراعا للورثة فيجعل كل عشرة سهما وهذه
القسمة اصح عندي **قوله** لان الوصية تبطل بالاقدام على البيع على ما بيناه
اشارة الى ما ذكره قبل باب الوصية بثلث المال عند قوله واذا صرح بالرجوع او فعل
ما يدل على الرجوع كان رجوعا **قوله** لانه عوضه كما ذكرناه اشارة
الى قوله تنفذ الوصية في بدلها **قوله** ولهذا يجبر على القسمة فيه ايضاح
لقوله وانما المقصود الافراز وذلك لان في الدار الواحدة المختلفة البيوت يقسم قسمة
واحدة لان في تفريقها ضررا بخلاف الدور حيث تقسم كل واحدة على حدة لا قسمة
واحدة عند ابي حنيفة خلافا لهما وقد مر في القسمة **قوله** ولو كان مكان
الوصية اقرار قيل هو على الخلاف يعني لو كانت الدار بين شريكين فاقر احدهما ببيت
بعينه لواحد فتقسم الدار فان وقع البيت في نصيب المقر يسلم الى المقر له وان

وقع في نصيب الشريك يضرب المقر له فيما وقع في يد المقر بمثل ذرع البيت وكذلك
لو اقر بطريق او حائط معلوم كذا في الشامل وعند محمد يضرب المقر له بنصف ذرع ع
البيت وقيل لا خلاف في مسئلة الاقرار بل قول محمد فيه كقولهما فجعل فخر الاسلام في شرح
الجامع الصغير عدم الخلاف هو الاصح لان من اقر بما لا يملكه ثم ملكه صح بخلاف الوصية
لان من اوصى بما لا يملكه ثم ملكه بوجه من الوجوه لا تنفذ وصيته فيه **قوله**
قال ومن اوصى لرجل من مال الاخر بالف بعينه فاجاز صاحب المال بعد موت الموصي فان
دفعه فهو جائز وله ان يمنعه اي قال في الجامع الصغير وذلك لان العقد الموقوف
اذا لحقه الاجازة صار مضافا الى المجيز فاذا اضيف اليه صار ذلك هبة منه والهبة
لا تتم الا بالتسليم فان منعه بعد الاجازة كان له ذلك لانه متبرع بخلاف من اوصى
باكثر من الثلث فاجازت الورثة حيث يجوز بغير تسليم لان الوصية في مخرجها
صحيحة لانه تصرف في مال نفسه الا ان تعلق حق الورثة بماله كان مانعا
للنفاذ في الزيادة على الثلث فلما اجازوا اسقطوا حقهم فنفذت وصيته في ماله كان
لا وارث له اصلا وقد مر في اوائل كتاب الوصايا ان كل ما جاز باجازة الورثة
تملكه المجاز له من قبل الموصي عندنا خلافا للشافعي **قوله** قال
واذا اقتسم الابنان تركة الاب الفا ثم اقر احدهما لرجل ان الاب اوصى له بثلث ماله له
فان المقر يعطيه ثلث ما في يده اي قال في الجامع الصغير وصورتها في
اصل الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يموت ويترك الفين
ووارثين فياخذ كل واحد من الوارثين الفا ثم غاب احدهما فاقر الحاضر لرجل ان الميت
اوصى له بالثلث قال ياخذ منه ثلث ما في يده قال وهذا استحسان وكان
القياس وهو قول زفر ان ياخذ نصف ما في يده قال في التقريب وقال الطحاوي
سمعت ابن ابي عمران يقول سمعت ابن سماعة يروي عن ابي يوسف انه ياخذ من المقر

بنصف ما في يده وكذلك روى الحسن عن زفر وهو القياس لأن في زعم المقر ان
المال بينهم اثلاثا ونصيب الموصى له ونصيب كل واحد من الابنين سواء فلما انكر
احدهما او غاب جعل كان نصيبه لم يكن فيقسم الباقي نصفين بينهما لأن نصيبهما
سواء ألا ترى انه لو اقام البينة والآخر غائب فانه يأخذ نصف ما في يده
فكذا هذا كذا قال الفقيه ابو الليث في شرحه وجه الاستحسان ان
الوصية نفاذها من الثلث فلو اخذ منه نصف ما في يديه فربما اقر الابن الآخر لرجل
آخر بمثل ذلك فيأخذ نصف ما بقي فتصير الوصية اكثر من الثلث واذا كان يؤدي
الى هذا وجب ان لا يأخذ الا ثلث ما في يده وليس كالبينة لأن البينة تجوز عليهما
جميعا ولا يؤدي الى الزيادة على الثلث ولأن المقر اقر له بحق شايع في التركة
نصفه فيما في يده ونصفه فيما في يد الآخر فلا جرم يأخذ المقر له منه ثلث ما في يده فلا
يلزمه اكثر من ذلك لأن الموصى له شريك الوارث لا يسلم له شيء الا وان يسلم للوارث
ضعفه وهذا بخلاف ما اذا اقر احد الابنين بدين فانه يقضى للمقر له بكل الدين من
نصيب المقر لأن الدين ليس بجزء شايع بل هو مقدم على الميراث ألا ترى ان نصيب
الغائب يجعل كالهالك ولو كان هالكا كان حق الموصى له في ثلث الباقي وحق الغريم
في كله فكذلك في مسئلتنا قوله قال ومن اوصى لرجل بجارية فولدت بعد موت
الموصي ولدا وكلاهما يخرجان من الثلث فهما للموصى له ه اي قال القدوري في مختصره وتمامه
فيه وان لم يخرجا من الثلث ضرب بالثلث فاخذ ما يخصه منهما جميعا في قول ابي يوسف
ومحمد وقال ابو حنيفة يأخذ ذلك من الأم فان فضل شيء اخذ من الولد وقال
محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة رضي الله عنه في رجل له ستمائة درهم
وله امة تساوي ثلثمائة ولا مال له غير ذلك واوصى لرجل بجاريته ثم مات ثم ولدت
الجارية ولدا يساوي ثلثمائة قبل القسمة فللموصى له الجارية وثلث ولدها وقال

ابو يوسف ومحمد للموصى له ثلثا الجارية وثلثا ولدها وان كانوا اقتسموا واخذ
الورثة الستمائة والموصى له الجارية ثم ولدت فالولد للموصى له الى هنا لفظ الجامع
الصغير وانما كان الولد والأم جميعا للموصى له اذا خرجا من الثلث لأن ما يحدث من
النماء اصل قبل القسمة يحدث على حكم ملك الميت بدليل انه تقضى ديونه وتنفذ وصاياه
فتنفذ الوصية بالثلث فيهما جميعا في الأم اصالة وفي الولد تبعا لاتصاله بالأم
وان لم يخرجا من الثلث ضرب الموصى له بالثلث فيهما فيعطى له الثلث منهما جميعا من
كل واحد منهما بنصف الثلث وهذا قولهما وعند ابي حنيفة يؤخذ الثلث من
الأم اولا فان فضل شيء من الثلث يؤخذ من الولد وجه قولهما ان الوصية
تسري الى الزوائد الحادثة قبل القسمة بالاجماع لكون التركة باقية على حكم
الميت واذا ثبتت السراية بالاتصال صار كان الوصية وقعت بهما جميعا وقيمتهما
مثل نصف المال وثلث المال مثل ثلثيهما فلما دخل الولد في الوصية بالاتصال لا يخرج
عنها بالانفصال فوجب تنفيذ الوصية في ثلثي كل واحد منهما على السواء بلا تقديم الأم
ألا ترى انه لو تزوج امرأة على جارية فولدت في يد الزوج فصار كان العقد
وقع عليهما جميعا والزيادة في المبيع قبل القبض لها حصة من الثمن وجه قول
ابي حنيفة ان الأم هي الأصل في الوصية والولد تبع لأن الموصي قصد بالوصية الأم لا
النماء فلا يجوز نقض الوصية في الأصل بما هو تابع له وقد كانت الوصية بالأم صحت حيث
كانت مثل ثلث المال ثم لما اشترك الولد معها في الوصية لا ينتقض بعض الوصية في الأم
التي هي الأصل بما هو تابع له فلا يجوز ذلك فوجب تقرير الوصية في الأم ثم تكميل
الثلث من الولد لأنه تنفيذ العين الموصى بها بلا نقض الوصية من الأصل وليس كذلك البيع لأن
القول بالشركة لا ينقض شيئا من الأصل لأن البيع نافذ في الأم كما كان وانما انحط بعض الثمن
عن الأصل والثمن في البيع تبع فصار بمنزلة حط بعض الثمن بخلاف الوصية فانها عند مزاحمة الولد تخرج

بعض الأصل عن الوصية فلا يبقى الوصية في الأم كما كانت فلا يجوز أن يكون التبع مانعًا
للأصل وأما إذا اقتسموا فولدت بعد القسمة يكون الولد للموصى له لأنه حدث على خالص
ملك الموصى له لاستقرار ملكه في الجارية بعد القسمة **قوله** والولد تبع فيه ه
أي في الوصية على تأويل الإيصاء **قوله** وذلك لا يجوز ه أي لا يجوز انتقاض
الوصية في بعض الأصل لمزاحمة التبع **قوله** إلا أنه يقابله بعض الثمن ه
أي لا يقابل الأصل بعض الثمن لأجل ضرورة مقابلة ذلك البعض بالولد إذا اتصل
بالولد القبض لأن الولد إذا مات قبل القبض بآفة سماوية لا يقابله شيء من
الثمن بل يأخذ الأم بجميع الثمن ه

فصل في اعتبار حالة الوصية

لما ذكر حكم الوصية في أنها تصح من ثلث المال لا غير عند عدم إجازة الورثة ذكر
في هذا الفصل أن الوصية متى تعتبر وصية حال إيجاب الوصية أم حال الموت
فشرع في بيان ذلك وأخر هذا الفصل ذكرًا لأن حال الوصية وصف لها والوصف
يتبع الموصوف لا محالة **قوله** قال وإذا أقر المريض لامرأة بدين أو أوصى
لها بشيء أو وهب لها ثم تزوجها ثم مات جاز الإقرار وبطلت الوصية والهبة
أي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في رجل
مريض يقر لامرأة بدين أو يوصي لها بوصية أو يهب لها هبة ثم يتزوجها ثم يموت
من ذلك المرض قال جائز والهبة والوصية باطلة إلى هنا لفظ أصل الجامع الصغير
وذلك لأن الإقرار ملزم بنفسه فلا يتوقف إلى شرط زائد كتوقف الوصية الموت
فصح إقراره بالدين لأن إقراره حصل لأجنبية فلم يبطل باعتراض الزوجية بعد ذلك ولأن
وقوع الإقرار بالدين على سبيل التجارة دون سبيل الوصايا ولهذا يعتبر من جميع
المال ولا يبطل بالدين بخلاف الوصية فإنها تمليك مضاف إلى الموت والمرأة عند

الموت وارثة ولا وصية للوارث بالحديث وأما الهبة وإن كان وقوعها للحال
منجزًا لأنها لم تضف إلى ما بعد الموت فهي في حكم الوصية حكمًا لأنها تبرع ألا ترى
أن من وهب عبدًا في مرض موته لأجنبي وهو جميع ماله وسلمه له صح ذلك وصار ملكا
للموهوب له ثم إذا مات من ذلك المرض وجب السعي في الثلثين حقًا للورثة وفي
الكل حقًا للغرماء وصارت الهبة كالمتعلق بالموت فصار حكمها حكم الوصية وعند
زفر يبطل إقراره لها بالدين بحدوث الزوجية كالهبة والوصية وجوابه أن
الإقرار يعتبر للحال لما قلنا وعند وجود الإقرار هي أجنبية بخلاف الوصية فإنها لا تعتبر
للحال بل عند الموت والمرأة حينئذ وارثة والهبة كالوصية كما بينا آنفًا وقد مر
نحو من هذا في كتاب الإقرار في باب إقرار المريض **قوله** ولا يبطل بالدين ه أي
لا يبطل الإقرار بسبب الدين ه يعني أن الدين لا يمنع صحة الإقرار سواء كان الإقرار في
الصحة أو في المرض إلا أن الثاني وهو الإقرار الواقع في المرض مؤخر عندنا عن الإقرار
الواقع في الصحة حتى إن المال يصرف إلى ما أقر به حالة الصحة فإن فضل منه شيء يصرف
إلى ما أقر به حالة المرض وإلا فلا وعند ابن أبي ليلى الإقراران يستويان وهو مذهب
الشافعي وقد مر ذلك في باب إقرار المريض مستوفى **قوله** قال وإذا أقر
المريض لابنه بدين وابنه نصراني أو وهب له أو أوصى له فأسلم الابن قبل موته بطل
ذلك كله ه أي قال في الجامع الصغير ولفظ أصل الجامع الصغير وقال في المريض أقر لابنه
وهو نصراني بدين أو وهب له هبة فقبضها أو أوصى له بوصية ثم أسلم الابن ثم مات
الرجل قال ذلك كله باطل وكذلك لو كان الابن عبدًا فأعتق في هذا إلى هنا لفظ
أصل الجامع الصغير أما بطلان الهبة والوصية فلما قلنا في المسألة الأولى وأما
الإقرار فإنما بطل لأن الابن وإن لم يكن مستحقًا للميراث وقت وجود الإقرار لكفره
أو رقه واستحقاق الإرث مانع لصحة الإقرار لكن لما كان سبب الإرث وهو البنوة

قايما وقت الاقرار بطل الاقرار وهذا لان الحال ليس حال استحقاق الارث حتى
تعتبر اهلية الاستحقاق لايراث التهمة بل اعتبر لايراث التهمة نفس السبب وهو
البنوة وهي قايمة وقت الاقرار الا ترى ان الابن لو كان مسلما وقت الاقرار لم
يصح الاقرار وان لم يكن استحقاق الارث ثابتا قبل الموت فعلم ان السبب هو المعتبر نسخ
بخلاف ما قلنا في المسألة الاولى اذا اقر لاجنبية ثم تزوجها حيث لا يبطل الاقرار لان
سبب الارث وهو الزوجية لم يكن قايما وقت الاقرار فوزان مسألتنا هذه من تلك
المسألة ان لو كانت له امراة نصرانية فاقر لها بدين في مرضه ثم اسلمت قبل موته لا يصح
الاقرار ونظير مسألتنا هذه من اقر لاخيه وله ابن ثم هلك الابن ثم هلك المقر والاخ
المقر له وارثه يبطل الاقرار للاخ لقيام سبب الارث وهو الاخوة وقت الاقرار واما
اذا كان الابن عبدا او مكاتبا فاعتق ثم مات الاب فلا شك ان الوصية له باطلة
لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت والابن حينئذ وارث ولا وصية للوارث واما
الهبة فقال فخر الدين قاضي خان في شرحه للجامع الصغير ذكر في بعض الروايات
انها تصح لانها تفيد الملك في الحال ووقت الهبة هو رقيق فكانت هبة للمولى فتصح
ثم قال وفي عامة الروايات الهبة بمنزلة الوصية فلا تصح واما الاقرار فقد
قال الصدر الشهيد وغيره في شروح الجامع الصغير منقولا عن كتاب الاقرار ان كان
على العبد دين لا يصح الاقرار لان الاقرار يكون للعبد وهو ابنه فلا يصح الاقرار لان
المولى لا يملك ما في يده وان لم يكن على العبد دين يصح الاقرار لان الاقرار يكون
لمولاه ومولاه اجنبي فيصح الاقرار له وهذا لان المولى يملك ما في يده **قوله**
قال والمقعد والمفلوج والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك فلم يخف منه الموت
فهبته من جميع المال ه اي قال في الجامع الصغير وصورتها في اصل الجامع الصغير
محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في المفلوج والمقعد والاشل والمسلول اذا تطاول ذلك

به فصار بحال لا يخاف منه الموت ان هبته صاحبه جايزة من راس المال وان فعل
ذلك اول ما اصابه فهو من الثلث الى هنا لفظ محمد فيه اما اذا تقادم ذلك خرج من
عداد المرضى وصار طبعا من طباعه حيث لا يشتغل بالمداواة فكان حكمه حكم الاصحاء
فيعتبر تصرفه من جميع المال ويصح اقراره للوارث فان صار صاحب فراش بعد ذلك
كان ذلك بمنزلة حدوث المرض ولو صار صاحب فراش في اول ما حدث تلك العلة
ومات في ايامه ذلك فحكمه حكم المريض يعتبر تصرفه في ثلث المال ولا يصح اقراره للوارث
الا ترى انه يشتغل بالمداواة ويخاف منه الهلاك ومثله المسلول من الخواص
الفالج ذهاب الحس والحركة من احد شقي البدن وسلامة الشق الآخر والسل
عبارة عن اجتماع المدة في الصدر ونفثها كذا ذكروا في كتب الطب وقال
في الصحاح السلال بالضم السل يقال اسله الله فهو مسلول وهو من الشواذ وقال
الزمخشري في مقدمته سل فهو مسلول فعلى هذا لا يكون من الشواذ وتفسير
المطرزي ان المسلول الذي سل انثياه اي نزعت خصيتاه لا يناسب في هذا الموضع
لان الكلام فيما اذا تطاول المرض ولم يخف منه الموت والذي نزعت خصيتاه بعد
تطاول الزمان لا يسمى مريضا اصلا والشلل فساد في اليد يقولون في
الدعاء لا تشلل ولا تكلل يقال شلت يده تشل ورجل اشل والله اعلم ه

باب العتق في المرض

لما كان الاعتاق في المرض في معنى الوصية لوقوعه تبرعا في زمان تعلق حق الورثة
ذكره في كتاب الوصايا ولكن اخر ذكره عما هو صريح في الوصية لكون الصريح هو
الاصل في الدلالة **قوله** قال ومن اعتق عبدا في مرضه او باع وحابى او وهب
فذلك كله جايز وهو معتبر من الثلث ويضرب به مع اصحاب الوصايا ه اي قال
القدوري في مختصره وفي بعض نسخ مختصر القدوري فهو وصية مكان قوله جايز

والمراد من قوله وصية اعتبار العتق الواقع في المرض او بيع المحاباة الواقع فيه او
الهبة الواقعة فيه من الثلث كاعتبار الوصية من الثلث وليس مراده ان كل واحد
من الاشياء المذكورة وقع وصية حقيقة لان حقيقة الوصية ايجاب تمليك
مضاف الى ما بعد الموت وليس كل واحد منها بهذه المثابة بل وقع منجزا ولكن
لما كان حكم كل واحد منها حكم الوصية في اعتبار الثلث سماه وصية وعلى هذا
ما ابتدا المريض ايجابه على نفسه فهو وصية في حكم الوصية يعتبر من الثلث وهو في وصيته
كالضمان والكفالة لما انه يتم في ايجابه على نفسه كما يتم في الهبة ثم كل ما
اوجبه بعد الموت فهو من الثلث وان كان الايجاب واقعا في الصحة لانه علقه
بحال تعلق حق الورثة فيه بالمال فكان المعتبر فيه حال الاضافة لا حال الايجاب
وما نفذه من التصرف ولم يضفه الى ما بعد الموت فالمعتبر فيه حال عقد التصرف
ولكن ان كان صحيحا يعتبر من جميع المال وان كان مريضا فمن الثلث وقالوا
كل مرض صح منه وقد تصرف فيه كان تصرفه تصرف الاصحاء لانه لما برا من مرضه
تبين ان مرضه لم يكن سبب العجز عن تصرفه حيث لم يكن حق احد متعلقا بماله
قوله ويضرب به مع اصحاب الوصايا اي يضرب بالثلث كل واحد من
هولاء الثلثة وهو العبد المعتق في مرض الموت والمشتري من المريض الذي باع
بالمحاباة والموهوب له مع سائر اصحاب الوصايا والمراد من ضربهم بالثلث مع اصحاب
الوصايا استحقاقهم في الثلث كما في سائر الوصايا فانهم يستحقون الثلث لا غير
وليس المراد انهم يساوون اصحاب الوصايا في الثلث ويحاصونهم لان العتق المنفذ في
المرض يقدم على الوصية بالمال في الثلث الا ترى الى ما ذكر الشيخ ابو جعفر
الطحاوي في مختصره ومن اوصى بوصايا في مرضه واعتق عبدا له بدئ بالعتاق فان خرج من
الثلث فان فضل شيء كان لاهل الوصايا وان لم يفضل شيء فلا شيء لهم الى هنا لفظه

رحمه الله وذلك لما حدث ابو بكر الرازي في شرحه للمختصر عن عبد الباقي
ابن قانع قال حدثنا بشر بن موسى قال حدثنا ابو عبد الرحمن المقري عن حيوة قال
حدثنا يحيى بن سعيد عن سعيد بن المسيب قال مضت السنة ان يبدا بالعتاق في
الوصية وايضا لما كان العتق مما لا يلحقه الفسخ وسائر الوصايا يلحقها الفسخ
صار العتق اكد منها ومتى اجتمع امران لا يمكن اجازتهما جميعا احدهما يفسخ والاخر لا
يفسخ فالذي لا يفسخ اولى بالثبات وما يفسخ اولى بالبطلان الا ترى ان رجلا
لو اعتق عبد رجل بغير امره وباعه اخر فاجاز الامرين جاز العتق وبطل البيع وكذلك
لو وكل رجلا بعتق عبده والاخر ببيعه واوقعا الامرين جميعا جاز العتق وبطل البيع
ثم العتق انما يكون مقدما على سائر الوصايا اذا كان منفذا في المرض او معلقا بالموت
مثل ان يقول ان حدث بي حدث من هذا المرض فمات من ذلك المرض فهو حر فاما
اذا اوصى بعتق عبده بعد موته بوقت فلا يبدا بالعتق بل يكون هو وسائر الوصايا
سواء الا ترى الى ما قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا واذا
اوصى الرجل بعتق عبده بعد موته واوصى لاخر بالف فالثلث بينهما بالحصص ولا يبدا
بالعتق لان الوصية بالعتق تحتمل النقض والرد فصار حكمه حكم سائر الوصايا الا ترى
انه لو ظهر على الميت دين فان العبد يباع وتبطل الوصية وهذه الوصية تحتاج
الى الانفاذ كما تحتاج سائر الوصايا وانما يكون العتق اولى من سائر الوصايا اذا كان
العتق في المرض او اضافه الى الموت فيعتق بموته بغير اعتاق الورثة فذلك العتق
لا يحتمل النقض والرد فاما هذه الوصية فهي وسائر الوصايا سواء فلا يكون هي
اولى بالبداءة من غيرها ولو قال هو حر بعد موتي بيوم او بشهر فهي وسائر الوصايا
سواء فلا تكون هي اولى بالبداءة من غيرها لان العتق اذا تاخر عن الموت
لا يعتق الا باعتاق الورثة وقد جرت بينهما سهام الوارث فصار حكمها حكم سائر

الوصايا لانها تحتمل النقض والرد وتحتاج الى انفاذ الوصية الى هنا لفظ الفقيه في
كتابه **قوله** كالضمان والكفالة لما كان الضمان اعم من الكفالة حصل
التغاير بينهما فعطف الكفالة عليه الا ترى ان من قال لآخر خالع امرأتك على
الفي هذا لخلعها صح وكان الالف على الاجنبي قال في خلاصة الفتاوى ولو
ان رجلا قال للزوج اخلعها على عبدي هذا او الفي هذه او داري هذه فخلعها
على هذا فالخلع جائز ولا حاجة الى قبول المرأة لان العاقد الاجنبي ثم قال
ولو قال الاجنبي للزوج اخلعها على عبدي هذا فقال الزوج خلعت تم الخلع من غير
ان يقول المخاطب قبلت واذا تم الخلع بقبول الاجنبي لزمه عين البدل ان كان
مما يتعين **قوله** قال فان حابى ثم اعتق وضاق الثلث عنهما فالمحاباة اولى
عند ابي حنيفة وان اعتق ثم حابى فهما سواء وقالا العتق اولى في المسئلتين هذا
قال القدوري في مختصره وقال في المختلف المريض اذا باع عبدا او اشترى
بغبن فاحش او عتق عبدا ان بدأ بالمحاباة بدئ بها وسعى العبد في القيمة ولو
بدأ بالعتق ثم بالمحاباة تحاصا والمشتري بالخيار وقالا العتق اولى تقدم او تاخر
وجملة الكلام هنا ما ذكر الكرخي في مختصره قال وما ذكرت من هذه
الوصايا فما كان منها لم يجاوز قدره الثلث فان كل واحد من اصحابها يضرب بقدر
نصيبه من الثلث فيكون الثلث بينهم على ذلك لا يبدأ بعضهم على بعض الا ان يكون
عتقا موقعا في المرض او موقعا بموت الموصي او محاباة في بيع وقع في المرض فانه يبدأ
بذلك قبل كل وصية ثم يتضارب اهل الوصايا بعد ذلك فيما بقي من الثلث فيكون
بينهم على قدر وصاياهم فان ضاق الثلث عن العتق والمحاباة فان ابا حنيفة قال
ان كانت المحاباة قبل العتق بدئ بالمحاباة قبل العتق وان كان العتق قبل المحاباة تحاصا
جميعا صاحب المحاباة والعتق فان لم يبق شيء بعدهما بطل ما بقي من الوصايا وان بقي من

الثلث شيء تضاربوا فيه على قدر وصاياهم وقال ابو حنيفة اذا اعتق وحابى معا
بدئ بالمحاباة الا ان يتقدم العتق رواه معلى عن ابي يوسف عن ابي حنيفة وقال
ابو يوسف ومحمد يبدأ بالعتق قبل المحاباة تقدم العتق او تاخر فان لم يبق شيء من الثلث
الباقية بطلت الوصايا الباقية وان بقي من الثلث شيء تضارب اهل الوصايا فيه على قدر
وصاياهم وكان لكل واحد منهم قدر ما يخص وصيته الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
وقال الفقيه ابو الليث في كتاب مختلف الرواية وفي كتاب نكت الوصايا
وذكر عن زفر انه قال ان بدئ بالمحاباة فهي اولى وان بدأ بالعتق فالعتق اولى لان
البداية تدل على العناية فكان اولى مما اخره وذكر القدوري في كتاب التقريب
قول زفر مثل قول ابي حنيفة ويجوز ان يكون عنه روايتان وقال الفقيه
ايضا في كتاب نكت الوصايا ذكر عن غسان انه قال دخلت على بشر بن غياث المريسي فقلت
لم قال ابو حنيفة ان المحاباة اولى فقال لا ادري فقلت له اقاله تحتا يعني جزافا
فقال لا فنكس بشر راسه ساعة فجاء بنكتة اعجبت بتلك النكتة فخرجت من عنده
ودخلت على سفين بن سحبان واخبرته بالنكتة فتعجب من تلك النكتة واعجبتني
فلما مضت على ذلك مدة نسيت النكتة فدخلت على سفين بن سحبان فقلت النكتة
التي قالها بشر في وقت كذا قال نسيتها ثم دخلت ايضا على بشر فقلت النكتة التي
قلتها في وقت كذا فقال نسيتها فقد ذهبت النكتة وبقيت المسئلة بغير نكتة وتوصل
معناها الى هنا لفظ الفقيه في كتابه وجه قولهما وهو قول الشافعي ايضا
ما روينا في المسئلة المتقدمة من حديث سعيد بن المسيب قال مضت السنة ان يبدأ
بالعتاق في الوصية ولان العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباة تلحقها فكان ما لا يلحقه
الفسخ اولى بالتقديم لانه اقوى وجه قول ابي حنيفة ان المحاباة اقوى فكان
اولى بالتقديم وهذا لان المحاباة حصلت في البيع والبيع عقد ضمان لان المبيع مضمون عليه

مطالب بتسليم المبيع فصارت المحاباة بمنزلة الدين لوجوب المطالبة به والعتق تبرع
والضمان والتبرع اذا اجتمعا كان الضمان اولى فاما اذا اعتق اولا ثم حابى فالعتق
وقع في حال اليسار لانه بقي للورثة بعده مثلا ما اوصى به فصار هذا عتق موسر
واعتاق الموسر يتعلق به الضمان والمحاباة ايضا عقد ضمان فتساويا في الضمان
فلما استويا قسم الثلث بينهما بالحصص ولان كل واحد من العتق والمحاباة يساوي
الآخر في انه لا يلحقه الفسخ من جهة الموصي وللمحاباة مرتبة اخرى ليست للعتق وهي
انها يتعلق استحقاقها بعقد معاوضة ثم اذا تقدم العتق كان له مرتبة
السبق لان الانسان يتقدم عند موته ما هو الاهم فكان لكل واحد منهما مرتبتان
فتساويا واذا تقدمت المحاباة حصل لها مرتبة السبق ايضا مع المرتبتين ولم يبق للعتق
الا مرتبة واحدة وهي انه لا يلحقه الفسخ فكانت المحاباة اولى ولان المحاباة
حق لآدمي ثبتت بعوض فصارت مثل الدين يقر به المريض فيكون اولى من العتق كا
ملك بدلا لولا ذلك لما جاز اقراره الا من الثلث كذلك المحاباة لما اشبهت
الدين من هذا الوجه وجب ان يبدا بها على العتق اذا بدا بها فان قيل فالجزء
الذي فيه المحاباة ليس بازائه عوض قيل له هو وقد جعل الشرع عوضا لجميع
العبيد واخرجه مخرج المعاوضة وكذلك الدين المقر به يجوز ان لا يكون بدلا من
شيء الا انه لما اخرجه مخرج ما فيه عوض كان اولى فكذلك المحاباة فان قيل
العتق لا يلحقه الفسخ والبيع يلحقه الفسخ فكان العتق اولى بالتقديم قلنا لا اثر
لعدم لحاق الفسخ في التقديم لانه منقوض بالدين فانه يلحقه الفسخ ومع هذا يتقدم على
العتق الذي لا يلحقه الفسخ فان قيل لو كانت المحاباة بمنزلة الدين لجازت على
الورثة ولم تكن من الثلث كما ان الدين ليس من الثلث قلنا افترقا من هذا الوجه
لا يمنع الجمع بينهما في وجوب البداءة بالمحاباة على العتق الا ترى ان العتق في

المرض يعتبر من الثلث ومع هذا يتقدم لتاكده على الوصية بالمال فكذلك المحاباة
لما تاكدت بشبهها بالدين من الوجه الذي ذكرنا كان مقدما على العتق اذا بدا بها
فان قيل الصدقة في المرض لا رجوع فيها ومع هذا ليست في معنى العتق فينبغي ان تكون
المحاباة كذلك قلنا يصح الرجوع في الصدقة بعد الموت اذا لم تخرج من الثلث
ولا يصح في المحاباة والعتق فان قيل العتق لا يلحقه الفسخ والمحاباة يلحقها الفسخ
فكان العتق اولى قيل له المحاباة لا يصح فسخها من جهة الميت ومن جهة الورثة
من قبل ان للمشتري ان يقول انا ارغب في الشراء باتمام ثلثي القيمة فلا يكون لهم سبيل
الى فسخها وانما يصح فسخها من جهة المشتري فيستدل بانقطاع حقهم في الفسخ على تاكدها
فاما وقوع الفسخ من جهة المشتري فلا اعتبار به لان المحاباة ما وقعت من قبل المشتري
وهو الموصى له بل من قبل الموصي وليس له الفسخ قوله اذا لم يكن فيهما ما جاوز
الثلث مثل ان يوصي بالربع والسدس قوله والعتق المعلق بموت الموصي كا
العتق ولما قيد التدبير بالصحيح لانه اذا لم يكن صحيحا كما اذا قال مثلا هو حر بعد
موتي بيوم او بشهر لا يكون مقدما على سائر الوصايا بل هو وسائر الوصايا سواء وقد
بيناه قبل هذا والتدبير الصحيح مثل ان يقول الرجل لمملوكه انت حر بعد موتي او
انت حر اذا مت او ان مت او ان حدث بي حدث فهذا كله واحد وهو مدبره
وكذلك لو قال انت حر يوم اموت فان نوى النهار دون الليل لم يكن مدبرا وكذلك
لو قال ان حدث بي حدث من مرضي هذا او في سفري هذا فانت حر لم يكن مدبرا
وله ان يبيعه وان مات كما قال عتق وان برا من مرضه او رجع من سفره ثم مات
لم يعتق كذا ذكر الحاكم الشهيد في الكافي قوله والمحاباة في البيع بالرفع
معطوف على قوله الا العتق الموقع في المرض قوله وغيره يلحقه اي غير العتق
الذي ذكرناه يلحقه الفسخ والذي ذكره هو العتق الموقع في المرض والعتق المعلق بموت

لتدبير

الموصي وهو التدبير الصحيح وأراد بعضهم بعض ذلك من سائر الوصايا بالمال قوله
يستوي فيه من سواهما أي يستوي فيما بقي من الثلث من سوى المعتق المذكور والذي حوبي
له قوله لأنه لا يوجب التقدم في الثبوت ه أي لأن التقديم في الذكر لا
يوجب التقدم كما إذا أوصى لفلان ولفلان بالثلث لا يكون المبدو بالذكر
مقدما على غيره بل يكون الثلث بينهم أثلاثا فكذا فيما نحن فيه لا تكون المحاباة أولى
بالتقديم في الذكر قوله فكان تبرعا بمعناه لا بصيغته وتذكير الضمير الراجع
إلى المحاباة على تأويل المذكور يعني لا صيغة عقد البيع بالمحاباة معاوضة لا تبرع ولكن
التبرع يحصل من حيث المعنى من حيث إيثار بعض المال حيث باع بالغبن الفاحش بخلاف
الإعتاق فإنه تبرع صيغة ومعنى لأنه إيثار محض ليس في مقابلته عوض المال فكانت
المحاباة أقوى والدليل عليه ما ذكره شمس الأئمة السرخسي في شرح الكافي أن سبب
المحاباة التجارة فإن البيع بالمحاباة عقد تجارة حتى يجب للشفيع الشفعة في الكل والشفعة
تختص بالمعاوضات دون التبرعات ولهذا قلنا إن البيع بالمحاباة يصح من العبد
المأذون والصبي المأذون وبالمرض لا يلحقه الحجر عن التجارة فأما العتق فتبرع
محض وبالمرض يصير محجورا عن التبرعات فمن هذا الوجه كانت المحاباة أقوى قوله
وعلى هذا قال أبو حنيفة أي على الأصل الذي ذكرنا من جهة أبي حنيفة قال أبو حنيفة
إذا حابى ثم أعتق ثم حابى قسم الثلث بين المحاباتين لوقوعهما في ضمن المعاوضة ثم ما لتساويهما
أصاب المحاباة الأخيرة من نصف الثلث قسم بينها وبين العتق المتقدم عليها لأنه
حصل له الاستواء مع المحاباة في المرتبة بتقدمه عليها وإذا أعتق أولا ثم حابى ثم
أعتق قسم الثلث بين العتق الأول والمحاباة نصفين لأن العتق لما تقدمها زاحمها ثم ما
أصاب العتق الأول من النصف الثلث كان بين العتقين لتجانسهما قوله قال
ومن أوصى بأن يعتق عنه بهذه المائة عبد فهلك منها درهم لم يعتق عنه بما بقي عند أبي حنيفة

وإن كانت وصية بحجة يحج عنه بما بقي من حيث يبلغ وإن لم يهلك منها شيء وبقي شيء من
الحجة يرد على الورثة وقال لا يعتق عنه بما بقي ه أي قال في الجامع الصغير وقال
الفقيه أبو الليث في مختلف الرواية وإذا أوصى الرجل أن يعتق عنه نسمة بمائة درهم
وثلث ماله أقل من مائة فإنه لا يشترى وبطلت الوصية في قول أبي حنيفة وفي
قولهما يشترى عبد بثلث ماله ويعتق وقال الفقيه أيضا وكذلك الخلاف
فيمن أوصى أن يعتق نسمة عنه من جميع ماله فالوصية في قول أبي حنيفة باطلة ويجوز
في قولهما ويعتق من ثلث ماله وإن كانت بالحج يجوز الحج بثلث ماله بالاتفاق إلى هنا
لفظ الفقيه رحمه الله والنسمة هي الرقبة التي تشترى للعتق كذا فسر شمس الأئمة
السرخسي في شرح الكافي وجه قولهما أنه نوع قربة فقصد بها الموصي التقرب
إلى الله تعالى ولهذا صح الوصية من غير تعيين النسمة لتحقيق مقصود الموصي
فوجب تنفيذ الوصية ما أمكن كما إذا أوصى بأن يحج عنه بهذه المائة فهلك منها
درهم يحج عنه بما بقي وكما لو أوصى لرجل بهذه المائة فهلك منها درهم يصرف الباقي
إليه فكذلك ههنا ولا يقال الوصية إذا كانت لمستحق لا يجوز صرفها
إلى مستحق آخر لأن المستحق لم يتبدل لأن العتق حق الله تعالى ولم يتبدل ولهذا
جازت الشهادة على عتق العبد عندهما بلا دعوى كما في الأمة لأن العتق حق الله تعالى
عندهما فلم يكن العبد موصى له بل الموصى له صاحب الشرع وجه قول أبي حنيفة
أن هذه وصية لعبد يشترى بمائة لأن الموصي صرح بذلك فصار الموصى له عبدا
قيمته مائة لا من قيمته أقل من ذلك فلو اشتري عبد قيمته أقل من المائة وأعتق يلزم
من ذلك صرف وصية لمستحق إلى غيره لأن من قيمته دون المائة غير من قيمته مائة
فكان في ذلك تنفيذ الوصية لغير من أوجبها الموصي بخلاف الوصية بالحج فإنه حق
الله تعالى وهو لم يتبدل وكذا في المسألة التي قاسا عليها لأن المستحق لم يتبدل ثم

في تقدير الثمن بالماية للموصي غرض صحيح وهو التقرب باعتاق افضل الرقاب على ما
روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه سئل اي الرقاب افضل فقال اغلاها ثمنا
وانفسها عند اهلها وقال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير
وهذا فرع لمسئلة العتق فان العتق عند ابي حنيفة حق المملوك فلذلك لم تقبل الشهادة
عنده على عتق العبد من غير دعوى قال صاحب الهداية وهذا اشبه اي كون
الخلاف في عتق النسمة بناء على ان العتق حق الله تعالى وحق المملوك هو الاشبه بالاه وا
وذكر الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا الفرق لابي حنيفة بين الوصية
بالرقبة والوصية بالحج ان الوصية بالرقبة لا تشبه الحج لانه لا يمكنه ان يحج عنه بماية
درهم بغير زيادة ولا نقصان لانهم اذا احجوا رجلا فربما تزيد نفقته وربما تنقص
فلما لم يمكن ان يقدر فلا يعتبر تقديره واما في الرقبة فيمكن ان تشترى بماية
درهم بغير زيادة ولا نقصان فوجب ان يراعى شرطه ثم قال الفقيه ابو الليث
فيه وكان الفقيه الجليل ابو جعفر يقول هذه المسئلة فرع لمسئلة كتاب القسمة
فان من اصل ابي حنيفة انه لا يرى قسمة الرقيق ويجعله بمنزلة اجناس مختلفة
وعند ابي يوسف ومحمد بمنزلة جنس واحد فلما اوصى بان يعتق عنه عبد بماية درهم فلو
اعتق عنه عبد قيمته اقل من ذلك يكون ذلك العبد من غير جنس الذي اوصى به الموصي
فلا يجوز ان تصرف وصيته الى جنس آخر وعندهما لما كان العبيد كلها جنسا
واحدا فالعبد الذي قيمته اقل من ماية درهم من جنس العبد الذي قيمته ماية درهم فجاز
صرف الوصية اليه كذا في كتاب نكت الوصايا فاما اذا لم يهلك من الماية شيء وحج
بها فان بقي منها شيء رد على الورثة لانه مال خلا عن الوصية قال فخر الاسلام
فاذا فضل شيء رد على الورثة الا ان يكون الموصي جعل الفضل للذي يحج عنه فيكون له ماية درهم
قوله قال ومن ترك ابنين وماية درهم وعبدا قيمته ماية وقد كان اعتقه في مرضه

فاجاز الوارثان ذلك لم يسع في شيء ه اي قال في الجامع الصغير وذلك لان
الاعتاق في مرض الموت وان كان في حكم الوصية والوصية باكثر من الثلث لا
تجوز حقا للورثة لكنهم لما اجازوا العتق سلم ما زاد على الثلث للعبد وهو السدس
لان العبد نصف المال والزايد على الثلث من النصف هو السدس لانهم اسقطوا حقهم
فصار كما اذا اوصى لرجل بنصف ماله فاجازه الورثة سلم ذلك للموصى له وكذلك
ههنا قوله قال ومن اوصى بعتق عبده ثم مات فجنى العبد جناية ودفع
بها بطلت الوصية ه اي قال في الجامع الصغير اعلم ان العبد اذا جنى جناية
خطا فحكمه الدفع او الفدا ثم هذا العبد الموصى له بعتقه اذا جنى جناية بعد
الموت كان الورثة بالخيار ان شاؤا دفعوه بالجناية وان شاؤا فدوه فان دفعوه بطلت
الوصية لان الدفع يبطل حق المالك لو كان حيا فكذلك يبطل حق من يتلقى الملك
من جهته وهو الموصى له الا ترى ان الموصي لو باعه او بيع بعد موته بسبب الدين
ان الوصية تبطل فكذلك ههنا صح الابطال لان حق اولياء الجناية مقدم على حق المالك
فكذلك مقدم على من يتلقى الملك من المالك وان اختاروا الفداء كانت الدية عليهم في
اموالهم لالتزامهم وجازت الوصية لطهارة العبد الفراغ عن الجناية فصار كانه
لم يجن قوله الا ان ملكه فيه باق استثناء من قوله لما ان حق ولي الجناية
مقدم يعني ان ملك الموصي في العبد باق مع ان حق الولي مقدم وانما يزول ملكه
بالدفع فما لم يدفع يبقى حتى لو كان العبد ذا رحم محرم من الوارث لا يعتق عليه كما
اذا كان العبد اخا لامراة الموصي مثلا وانما يبقى ملكه فيه الى ان يستغني عن حاجته فيه
لان ملك الورثة بسبيل الخلافة فما لم يستغن الاصل عن حاجته لا تثبت الخلافة قوله
طهر عن الجناية هو بالطاء المهملة من الطهارة قوله قال ومن اوصى بثلث ماله
لاخر فاقر الموصى له والوارث ان الميت اعتق هذا العبد فقال الموصى له اعتقه في الصحة وقال

الوارث اعتقه في المرض فالقول قول الوارث ولا شي للموصى له الا ان يفضل من
الثلث شي او تقوم له البينة ان العتق في الصحة ه اي قال في الجامع الصغير وذلك
لان غرض الوارث من هذا الكلام ان لا شي للموصى له الا ان يفضل على قيمة العبد من
الثلث شي فيكون الفاضل للموصى له لان العتق في المرض مقدم على سائر الوصايا بالقوة
لانه لا يحتمل الرد والنقض وغرض الموصى له ان العتق لم يكن وصية بل كان منفذا
من جميع المال وله ثلث ما سوى العبد من مال الميت والوارث ينكر ذلك ه اي
ينكر استحقاق الموصى له الثلث سوى العبد لانه يقول العتق كان في المرض وهو
مقدم على الوصية فلما كان الوارث منكرا كان القول قوله لان القول قول
المنكر مع اليمين واذا كان القول قول الوارث كان الثلث مستحقا بالعتق فان
فضل شي منه الى تمام الثلث فهو للموصى له وان لم يفضل فلا شي للموصى له الا اذا اقام
البينة ان العتق كان في الصحة ولم تكن وصية فحينئذ يكون ثلث المال للموصى له
قالوا ويجب ان يستحلف الوارث ان لم يقم بينة للموصى له بالثلث ولان
الحوادث تضاف الى اقرب الاوقات اذا جهل التاريخ واقرب الاوقات حال
المرض فيضاف العتق الحادث اليه ليتيقن الاقرب ما لم يتبين انه من قبل قوله
قال ومن ترك عبدا فقال للوارث اعتقني ابوك في الصحة وقال رجل لي على ابيك الف
درهم فقال صدقتما فان العبد يسعى في قيمته عند ابي حنيفة وقالا يعتق ولا يسعى في
شي اي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة
رضي الله عنه في رجل مات وترك عبدا وترك ابنا فقال العبد اعتقني ابوك في
صحته وقال رجل لي على ابيك الف درهم فقال الابن صدقتما قال يسعى العبد في قيمته
وقال ابو يوسف ومحمد الغلام حر ولا يسعى في قيمته ويجعل كانه حق كله لانه
اقر بهما معا الى هنا لفظ اصل الجامع الصغير لهما ان العتق في الصحة والدين

ظهرا معا بتصديق الابن فلما ظهرا معا استويا ولم يدفع احدهما الآخر فيجعل كل واحد منهما
حقا فيثبت العتق في الصحة والعتق اذا ثبت في الصحة لا يوجب السعاية وان كان
المعتق مديونا ولكن لما لم يبق شي آخر يقضى به الدين بطل الدين وانما قلنا لم يد
احدهما الآخر لان كل واحد منهما لو انفرد كان اولى من صاحبه كذا قال الفقيه
نع
ابو الليث ولابي حنيفة وجهان احدهما ان الدين اقوى من الآخر بالعتق
الاقرار
يدفع الاقوى الاضعف والدليل على ذلك ان الدين يصح من راس المال لا من الثلث
فحسب وانه لا يعتبر وصية من المريض والاقرار بالعتق في المرض يصح من الثلث لا غير
واسناد الاقرار بالعتق الى الصحة انما يصح اذا لم يوجد المانع من الاسناد وقد وجد
المانع وهو ان شغل الدين فانه منع الاسناد الى حالة الصحة فاقتصر العتق على حالة
المرض فعلى هذا كان ينبغي ان يبطل العتق اصلا الا انه بعد وقوعه لا يحتمل الفسخ
فيفسخ من حيث المعنى بايجاب السعاية على العبد ويقضى به الدين ولا يفسخ من حيث
الصورة ولان الدين اسبق لانه لا مانع من اسناد الدين الى حالة الصحة لان
الاقرار بالدين يصح من راس المال من الصحيح والمريض جميعا واسناد العتق الى حالة الصحة
لا يمكن لان الدين يمنع ان يقع العتق مجانا فلا جرم وجب السعاية عليه واقرار
الوارث بمنزلة اقرار المريض ولو ان المريض اقر في مرضه انه اعتق هذا العبد في
صحته واقر بدين كان الدين اولى فكذا اقر الوارث قوله وعلى هذا
الخلاف اذا مات الرجل وترك الف درهم فقال رجل لي على الميت الف درهم دين وقال
آخر كان لي عنده الف درهم وديعة فعنده الوديعة اقوى وعندهما سواء اعلم
ان صاحب الهداية جعل الوديعة اقوى عند ابي حنيفة وجعل الدين والوديعة سواء عند
صاحبيه وفي ذكر الخلاف على هذا الوجه نظر عندي لان الكبار قبل صاحب
الهداية ذكروا الخلاف على عكس هذا الا ترى ان الفقيه ابا الليث السمرقندي

ذكر في كتاب مختلف الرواية في كتاب الاقرار فقال ولو قال له رجل هذا الذي تركها
ابوك وديعة لي وقال الآخر لي على ابيك دين الف درهم فقال الابن صدقتما
فان في قول ابي حنيفة الالف بينهما نصفان وعندهما صاحب الوديعة اولى وقال
القدوري في كتاب التقريب قال ابو حنيفة اذا مات الرجل وترك الفا فقال
رجل لوارثه لي على الميت الف دين وقال الآخر هذه الالف وديعة لي فقال
الوارث صدقتما فالالف بينهما وقالا هو لصاحب الوديعة وكذلك ذكر فخر
الاسلام البزدوي والصدر الشهيد في شرحيهما للجامع الصغير فقالا الوديعة
اولى عندهما وعند ابي حنيفة وكذلك ذكر الامام نجم الدين ابو حفص عمر النسفي في
كتاب الحصر وعلاء الدين العالم في المختلف فقالا لو قال له رجل هذه الالف التي تركها
ابوك وديعة لي وقال آخر لي على ابيك الف درهم دين فقال صدقتما فالالف بينهما
نصفان وقالا صاحب الوديعة احق بها وكذلك في المنظومة في كتاب الاقرار
في باب ابي حنيفة خلافا لصاحبيه لو تركت الف وهذا يدعي دينا وذاك قال هذا مودعي

والابن قد صدق هذين معا ... استويا واعطيا من اودعا

وبين الفقيه وجه الخلاف في مختلف الرواية فقال وجه قول ابي حنيفة ان صاحب
الدين لما ادعى الدين فقد ادعى حقا في الذمة منقولا الى العين فصار مدعيا العين
وصاحب الوديعة يدعي العين ايضا فاذا كان كذلك فكل واحد منهما يدعي العين
وصدقهما الوارث فيه فصارا مستويين بالحق في ذلك العين فكان بينهما ووجه
قولهما ان صاحب الدين يدعي حقا في الذمة انتقل الى العين وصاحب الوديعة يدعي
العين واذا قال صدقتما فقد سبق حق صاحب الوديعة الى العين قبل ثبوت حق صاحب
الدين فيه فكان اولى به والله اعلم

فصل

ترجم هذا الفصل في مختصر الكرخي بباب الوصايا اذا ضاق عنها الثلث وقيل
قدم باب العتق في المريض على هذا الفصل لقوته لان العتق لا يلحقه الفسخ
قوله قال ومن اوصى بوصايا من حقوق الله تعالى قدمت الفرايض منها قدمها
الموصي او اخرها مثل الحج والزكوة والكفارات هذا اي قال القدوري في مختصره
وتمامه فيه وما ليس بواجب قدم منه ما قدمه الموصي قال الشيخ ابو الحسن ما قدمه
الكرخي في مختصره وتمامه قال هشام عن محمد عن ابي حنيفة وابي يوسف وهو
قول محمد ايضا ان كل شيء كان جميعه لله في وجوه من الحج والصدقة والعتق وغير
ذلك فاوصى به رجل فكان الثلث لا يبلغ ذلك كله فان كان كله تطوعا بدي
بالاول فالاول مما نطق به حتى ياتي على آخره او ينقضي الثلث فيبطل ما بقي وكذلك
اذا كانت الفرايض كلها فريضة او ينقضي الثلث فيبطل ما بقي بدي بالاول حتى يكون
النقصان على الآخر وان كان بعضه فريضة وبعضه تطوعا بدي بالفريضة وان
اخرها وان كان بعضه تطوعا وبعضه من شيء اوجبه على نفسه بدي بالذي اوجبه
على نفسه وان كان قد اخره في منطقه قال هشام الى هنا قولهم جميعا وقال
محمد نفسه وان كان بعضه فريضة وبعضه شيئا اوجبه على نفسه وبعضه تطوعا
بدي بالفريضة وان كان اخرها في منطقه ثم ثني بالذي اوجبه على نفسه وان كان اخره
في منطقه ويجعل التطوع آخر ذلك وان كان اوصى مع هذا بوصايا لانسان
بعينه تحاصوا جميعا في الثلث فاعطي كل انسان حصته على قدر ما اصابه ثم جميع ما اصاب
هذه الاشيا كلها يصنع به كما وصفت لك فان كان فيه عتق بتات بدي به قبل هذا
وان كان قال اعتقوا بعني اعتقوا فلا نا تحاصوا قال ابو الحسن واذا ابتدا
بالفرايض بدي بالاول فالاول منه في اللفظ وكذلك اذا بدا بالواجب بدي بالاول
فالاول منه في اللفظ وكذلك التطوع اذا ضم اليه بدي بالاول فالاول منه في

لفظ الموصي قال ابن سماعة عن محمد في نوادره سمعت محمدا قال في رجل اوصى بكفارة
قتل وكفارة ايمان وبصدقة فطر وبضحايا تذبح عنه وبنذور قال ابدا بكفارة القتل
وكفارة اليمين ان بلغ الثلث ذلك وفضل عنها جعلت صدقة الفطر بعدها لانها احب
عندي من الاضاحي لانه لم يختلف احد في صدقة الفطر وقد اختلفوا في الاضاحي
فراه بعضهم واجبا على الغني ولم يره بعضهم وان فضل الثلث عن صدقة الفطر جعلت ما بقي
في النذور والى هنا لفظ الشيخ ابي الحسن الكرخي في مختصره اعلم ان الشيخ
ابا الحسن الكرخي لم يقدم بعض الفرايض على البعض بل قال يبدا بما بداء به الموصي
واخره علماونا رحمهم الله ولكن الشيخ ابا جعفر الطحاوي قدم في مختصره الزكوة على
الحج الفريضة قال في شرح الاقطع وهو احدى الروايتين عن ابي يوسف وفي رواية
اخرى وقال القدوري في كتاب التقريب وعن ابي يوسف في الاملاء ان
الزكاة والحج يتحاصان وقال ابن شجاع عن ابي يوسف ان الزكوة والحج سوا
ثم رجع وقال الزكوة اوجب كذا في التقريب ثم رجع الى ما قال في المتن فنقول
انما يقدم الفرايض وان اخرها الموصي في منطقه لان امور المسلمين محمولة على الصحة
ما امكن والحمل على الصحة في تقديم الفرايض لان الفريضة هي الاهم والاولى من
النوافل ولا يحمل على ان الموصي اشتغل بالنافلة وضيع الفريضة فلذلك قدمت الفرايض
وهذا لان من شان المومن ان تادية الفرض اهم عنده من النافلة وان تساوت
الفرايض في القوة يبدا بما بدا به الموصي لان الانسان انما يبتدي بما هو الاهم ثم تقديم
الزكوة والحج على الكفارات لقوتها حيث جا فيهما من الوعيد ما لم يات في الكفارات
لقوله تعالى والذين يكنزون الذهب والفضة ولا ينفقونها في سبيل الله فبشرهم بعذاب
اليم يوم يحمى عليها في نار جهنم فتكوى بها جباههم وجنوبهم وظهورهم هذا ما كنزتم
لانفسكم فذوقوا ما كنتم تكنزون وروى البخاري باسناده الى ابي هريرة

قال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من اتاه الله مالا فلم يؤد زكوته مثل له
ماله يوم القيمة شجاعا اقرع له زبيبتان يطوقه يوم القيمة ثم ياخذ بلهزمتيه يعني
شدقيه ثم يقول انا مالك انا كنزك ثم تلا ولا تحسبن الذين يبخلون بما اتاهم
الله الاية والاقرع الذي لا شعر على راسه لكثرة سمه والزبيبتان زبدتان في
شدقيه ويقال نقطتان سوداوان فوق عينيه وقال تعالى ولله على
الناس حج البيت من استطاع اليه سبيلا ومن كفر فان الله غني عن العلمين اي ومن
لم يحج وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه قال من مات ولم يحج فليمت
يهوديا او نصرانيا ثم كفارة الظهار والقتل واليمين مقدمة على صدقة الفطر لان
كتاب الله تعالى دل على وجوب هذه الكفارات ولم يدل على وجوب صدقة الفطر
ثم صدقة الفطر مقدمة لاتفاق الامة على وجوبها على الاضحية لاختلافهم في وجوبها
وعلى هذا القياس يقدم بعض الواجبات قال في تحفة الفقهاء قالوا يقدم
الحج والزكوة على الكفارات المذكورة في القران ثم هذه الكفارات مقدمة على صدقة
الفطر والفطرة مقدمة على كفارة الفطر لانها ثبتت بخبر الواحد وهي مقدمة على
المنذور وهو مقدم على الاضحية والواجبات كلها مقدمة على النوافل واما
اذا كان مع الوصايا الثابتة لحق الله تعالى الوصية للادمي فان الموصى له يضرب مع
الوصايا في القرب ويجعل كل جهة من جهات القرب مفردة بالضرب ولا يجعل
كلها جهة واحدة فان قال ثلث مالي في الحج والزكوة والكفارات اذا اوصى بها
فانما يدرون الوصية فلا يصرف الثلث اليها بل يسقط عندنا خلافا للشافعي
على ما مر في الزكوة واذا اوصى يعتبر من الثلث لتعلق حق الورثة بماله في مرض الموت
ثم وجه الرواية التي رويت ان الزكوة مقدمة على الحج ان كل واحد منها منصوص عليه في
القران ولكن الزكوة يتعلق بها حق العبد فكانت اقوى ولان المستحق بالزكوة

جزء من المال واداء الزكوة بالمال واداء الحج بالبدن وكانت الزكوة في تعلقها بالمال
اقوى من الحج ولهذا تسقط الزكوة بهلاك المال ولان ابا بكر الصديق
وسائر الصحابة رضي الله عنهم قاتلوا اهل الردة على منع الزكوة فصار لها مزية
فكانت اولى بالتقديم من الحج لان الامام لا مدخل له في اجبار الناس على الحج ووجه
الرواية الاخرى ان الحج فرض العمر وهو متعلق بالمال والبدن جميعا والزكوة بالمال وحده
فكان الحج اقوى وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي فان قيل اذا
كانت الوصية بحجة الاسلام فينبغي ان تقدم على الوصية لانسان لان ذلك ليس
بفرض والحج فريضة قلنا هذا اذا اتحد المنتهى فاما عند اختلاف المنتهى فلا يعتبر
قوة الوصية وقال الامام الاسبيجابي في كتاب الزكوة من شرح الطحاوي
ثم الوصايا لا تخلو اما ان تكون كلها لله تعالى او كلها للعباد وما كان لله
تعالى فلا تخلو اما ان تكون فرائض كالزكوة والحج والصوم والصلوة او كلها واجبات
كالكفارات والنذور وصدقة الفطر او كله تطوعا كالوصية بحج التطوع او الصدقة
على الفقراء او للمسجد وما اشبه ذلك او جمع بين الوصايا كلها فان كان يحتمل ثلث ماله
جميع ما اوصى به فانه تنفذ وصاياه كلها من ثلث ماله وان كان ثلث ماله لا يحتمل
جميع ذلك فان اجازت الورثة فكذلك وان لم تجز الورثة فانه ينظر ان كانت وصاياه
كلها للعباد فانهم يتضاربون بالثلث بينهم بالحصص وان كانت وصاياه كلها لله تعالى
فانه ينظر ان كان كلها فرائض يبدأ بما بدأ به وان كانت كلها واجبات فانه يبدأ
بما بدأ به ايضا وكذلك اذا كانت كلها تطوعا وان كان بعضها فرائض وبعضها واجبات
وبعضها تطوع فانه يبدأ بالفرائض اولا وان اخرها ثم بالواجبات ثم بالنوافل وان جمع هذه
الوصايا كلها فانهم يتضاربون في الثلث بوصاياهم فما اصاب العباد فهو لهم ولا يقدم
بعضهم على بعض وما كان لله يجمع ذلك كله فيبدأ منها بالفرائض ثم بالواجبات ثم بالتطوع هذا

اذا لم يكن في الوصية عتق منفذ ولا محاباة منجزة فان كان عتق منفذ او محاباة
منجزة فان في قول ابي حنيفة ان كانت المحاباة متقدمة على العتق يصرف الثلث كله
الى المحاباة ثم الى العتق ثم الى سائر الوصايا وان كان العتق متقدما يصرف الثلث
اليهما جميعا فاذا فضل منه شيء يصرف الفضل الى سائر الوصايا وعندهما
المحاباة وسائر الوصايا سواء وانما يصرف الى العتق وان فضل منه يصرف الى سائر
الوصايا والمحاباة كذا في شرح الطحاوي قال الامام الاسبيجابي ايضا في كتاب
الوصايا من شرح الطحاوي واذا اوصى الرجل بوصايا فان جوازها من الثلث ان بلغ
الثلث لهم جميعا فبها ونعمت وان لم يبلغ كيف يقسم الثلث بينهم فالوجه في ذلك
ان تجمع الوصايا كلها ثم ينظر اليها والى الثلث والى نقصانه من الوصايا فان كان
النقصان مثل نصف الوصايا ينقص من كل وصية نصفها وان كان النقصان مثل ثلثها
ينقص من كل وصية ثلثها نحو ما اذا بلغت الوصايا الف درهم لاحدهم مائة وللاخر
مائتان وللآخر ثلثمائة وللاخر اربعمائة وثلث ماله خمسمائة فالنقصان من خمسمائة
الى مبلغ الوصايا مثل نصفها خمسمائة فينقص من كل مائة نصفها لصاحب المائة خمسون
ولصاحب المائتين مائة وعلى هذا القياس قوله وفي رواية عنه اي عن ابي يو سف
تقديم الحج وهو قول محمد جعل صاحب الهداية تقديم الحج على الزكوة قول محمد
اما القدوري في شرح مختصر الكرخي وشمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
وشمس الائمة البيهقي في كفايته وصاحب التحفة والشيخ ابو نصر في شرح الاقطع جعلوا
تقديم الزكوة على الحج قول محمد وقال بعضهم في شرحه ان كفارة القتل تقدم
على كفارة اليمين والظهار ثم كفارة اليمين تقدم على كفارة الظهار وعلل بان كفارة
القتل اقوى لشرط الاسلام فيها وكفارة اليمين اقوى من كفارة الظهار لانها وجبت
لهتك حرمة اسم الله تعالى وكفارة الظهار وجبت بايجاب حرمة على نفسها ولنا

فيه نظر لأنه خلاف المنصوص من الرواية لأنه لا تقدم الفرائض بعضها على بعض وكذا
التطوع بل يبدأ بما بدأ به الموصي وقد نص الكرخي على ذلك والمعنى في تقديم
الزكوة والحج على الكفارات ما ذكرناه وهو الوعيد ومثل ذلك لم يوجد في شيء
من الكفارات **قوله** لما بيناه اشارة الى قوله لان الظاهر انه يبتدي
بالاهم **قوله** صرح بذلك اي بالتقديم وتصريحه به ان يقول ابدؤا بما
بدأت **قوله** فالواو اي فيما اذا كان مع الوصايا الثابتة لحق الله تعالى
حق الآدمي فالموصى له يضرب مع الوصايا في القرب وقد ذكرناه عن التحفة قبل هذا
قوله قال ومن اوصى بحجة الاسلام احجوا عنه رجلا من بلده يحج راكبا اي
قال القدوري في مختصره وتمامه فيه فان لم تبلغ الوصية النفقة احجوا عنه من
حيث تبلغ وذلك لان الواجب على الموصي ان يحج من بلده لانه يشترط من الزاد والراحلة
ما يكفيه من بلده فتنصرف الوصية الى ما اوجب الله تعالى عليه وقد اوجبه تعالى من
بلده فلا جرم يحج عنه من بلده ايضا لان المقصود من تنفيذ الوصية بالحج اداء ما على
الموصي وانما وجب عليه ان يحج راكبا لان الموصي لم يكن يجب عليه الحج اذا لم يقدر على
الراحلة وانما يجب عليه اذا قدر على الراحلة فاذا وجب الحج على الموصي راكبا يلزم الاداء على
الذي يحج عنه كذلك راكبا قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا وذكر
هشام عن محمد انه قال لو ان انسانا قال انا احج من منزله بهذا المال ماشيا لا يعطى
له ذلك ويحج من حيث يبلغ راكبا لان الحج المعروف ان يكون راكبا فالوصية انصرفت
الى الحج المعروف واما اذا لم تبلغ النفقة ذلك ذلك قالوا فالقياس ان لا يحج عنه
لان الموصي امر بالحج عنه بصفة لم توجد هي الا انه جاز الحج عنه من حيث تبلغ النفقة لان
الموصي قصد بهذه الوصية الثواب فيجب تنفيذ وصيته ما امكن ولا يمكن تنفيذ الوصية
في مسئلتنا الا من حيث تبلغ النفقة فكان تنفيذها بقدر الامكان اولى من ابطالها بالكلية وقد

من الفرق على قول ابي حنيفة في الفصل المتقدم بينهما اذا اوصى بان يعتق عنه
بهذه المائة عبد فهلك منها درهم انه لا يعتق عنه بما بقي وبين الوصية بالحج
بثلث ماله وثلث ماله لا يكفيه حيث يحج من حيث يبلغ وهو ان المستحق تبدل في
الاولى ولم يتبدل في الثانية **قوله** قال ومن خرج من بلده حاجا فمات
في الطريق واوصى ان يحج عنه يحج عنه من بلده عند ابي حنيفة اي قال القدوري
في مختصره وقول زفر كقول ابي حنيفة ذكره القدوري في التقريب في كتاب
الحج وقال ابو يوسف ومحمد يحج من حيث مات وقال الفقيه ابو الليث
السمرقندي في كتاب نكت الوصايا ولو انه خرج الى بلد هو اقرب الى مكة
فمات واوصى بان يحج عنه فان كان خرج حاجا فانه يحج من حيث اوصى قال
الفقيه ولم يذكر ههنا اكثر من ذلك يعني في كتاب الاصل ثم قال وذكر
في الجامع الكبير ان القياس ان يحج من منزله وفي الاستحسان يحج من حيث مات
وذكر في موضع آخر ان في قول ابي حنيفة يحج من منزله وفي قول صاحبيه من
حيث مات فثبت ان الذي قال ههنا جواب الاستحسان وهو قول ابي يوسف
ومحمد الى هنا لفظ الفقيه رحمه الله وقال القدوري في وصايا التقر
وكذلك الخلاف في الحاج عن الميت اذا مات في بعض الطريق وقال شمس
الايمة السرخسي في شرح الكافي وان خرج يريد الحج فمات في الطريق يحج عنه من حيث
مات وفي الجامع الصغير قال عند ابي حنيفة يحج عنه من بلده وعندهما يحج عنه
من حيث مات وفي الجامع الكبير ذكر في المسئلة القياس والاستحسان
في القياس يحج عنه من بلده وفي الاستحسان وهو قولهما يحج عنه من حيث مات
الى هنا لفظ شمس الايمة السرخسي رحمه الله وجه الاستحسان ان الميت
تقرب بذلك المقدار بالخروج الى الله تعالى وقد حصل له الثواب به قال تعالى ومن

يخرج من بيته مهاجرا الى الله ورسوله ثم يدركه الموت فقد وقع اجره على الله
فلا يجوز ابطال ذلك المقدار من الخروج وقد كان قصده بالوصية اتمام
ذلك الخروج فوجب اتمام ذلك بالاحجاج من ذلك الموضع وفي اعتبار هذا
الطريق تحصيل مقصوده وفي الاخذ بالقياس تفويت مقصوده لان الذي يحج عنه
من بلده ربما يموت في بعض الطريق ايضا فيحتاج الى ان يحج عنه آخر من بلده ايضا
فيفني في ذلك ما له اصلا ولا يحصل المقصود وهذا بخلاف ما اذا خرج للتجارة
فان سفره ذلك ليس لاداء الحج فوجب الاحجاج من منزله لان الوصية تنصرف
الى الحج المعروف من منزله ووجه القياس وهو قول ابي حنيفة وزفر
انه لما مات قبل اتمام العمل صار خروجه لغير الحج ولو انه خرج لغير الحج كما اذا خرج
تاجرا فمات في بعض الطريق يحج من منزله فكذلك ههنا وهذا لان الخروج بعد
الموت قبل اداء الحج انقطع فانفسخ بدليل قوله عليه السلام اذا مات ابن
ادم انقطع عمله الا الثلث علم ينتفع به بعد موته وولد صالح يدعو له وصدقة
جارية بعد موته والخروج الى الحج ليس من الثلث الا ترى ان المصلي اذا مات
قبل الفراغ من الصلوة انتقضت صلوته ولان المقصود بالخروج اقامة
العبادة فلما لم يتم العبادة بذلك الخروج انتقض ذلك الخروج الا ترى انه لو
احرم بالحج ومات واوصى وجب استيناف الاحرام لانه لما مات قبل اتمامه انتقض
ذلك الاحرام فكذلك الخروج ولان الوصية تنصرف الى الجهة التي اوجبها الله
تعالى وتلك الجهة هي التي وجبت من بلده فوجب ان تؤدى على الوجه الذي وجبت
وقال في كتاب نكت الوصايا فان كان للرجل اوطان شتى فان كان مات
في بعض الاوطان يحج من ذلك الوطن وان مات في السفر يحج من اقرب الاوطان الى مكة
لان بذلك المقدار احاطة ويقينا والزيادة شك **قوله** على ما قررناه

اشارة الى قوله لان الواجب لله تعالى الحج من بلده والله سبحانه وتعالى اعلم

باب الوصية للاقارب وغيرهم

لما كان هذا الباب مشتملا على الوصايا لقوم مخصوصين اخره ذكرا عن الابواب
المتقدمة لقلة فايدته لان ما تقدم لا يخص قوما دون قوم فكان لعموم
فايدته تقديمه ذكرا اولى **قوله** قال ومن اوصى لجيرانه فهم الملاصقون
عند ابي حنيفة رضي الله عنه اي قال القدوري في مختصره ولم يذكر القدوري
خلاف ابي يوسف ومحمد فيه وقد ذكر في التقريب فقال قال محمد في الاملاء
اذا اوصى لجيرانه فالوصية للملاصقين قربت الابواب ام بعدت عند ابي حنيفة
وقالا لمن يجمعهم مسجد في الجماعة والدعوة وذكر ابن شجاع عن ابي يوسف اعتبار
اهل المحلة الذين يصلون في مسجد واحد قال وهذا قول ابي حنيفة وروى بشر عن
ابي يوسف ان الجيران الذين يجمعهم محلة واحدة وان تفرقوا في مسجدين متقاربين
فان تباعدا وكان واحد عظيما جامعا فكل اهل مسجد جيران دون الاخرين وان
كان في المصر قبايل فالجيران الافخاذ دون القبايل الى هنا لفظ التقريب وقال
الشيخ ابو الحسن الكرخي في مختصره قال في الاملاء قال ابو حنيفة اذا اوصى
فقال ثلث مالي لجيراني فالوصية لجيرانه الملازقين لداره فكل دار كانت
تلزقه فالوصية تجمع من فيها من السكان عبيدا كانوا او احرارا نساء كانوا او
رجالا بينهم بالسوية ذمة كانوا او مسلمين بالسوية قربت الابواب او بعدت اذا
كانوا ملازقين الدار وقال ابو يوسف ومحمد الثلث لهولاء الذين ذكر ابو حنيفة
ولغيرهم من الجيران من اهل المحلة ممن يجمعهم مسجد واحد وجماعة واحدة ودعوة
واحدة فهولاء جيرانه في كلام الناس فالثلث بينهم بالسوية الانثى والذكر فيه سواء
والمسلم والكافر في ذلك كله سواء وقال في الزيادات عن ابي حنيفة اذا

اوصى الرجل بثلث ماله لجيرانه فالقياس في هذا ان يكون الثلث للسكان وغيرهم
ممن يسكن تلك الدور التي تجب لاهلها الشفعة ومن كان منهم له دار من تلك
الدور وليس بساكن فيها فليس من جيرانه قال محمد واما انا فاني استحسن
ان اجعل الوصية لجيرانه الملازقين من السكان وغيرهم ممن يملك تلك الدور وغيرهم
ممن لا يملكها ومن يجمعه مسجد تلك المحلة الذين فيهم الموصي من الملازقين وغيرهم
والسكان ممن في تلك المحلة وغيرهم سواء في الوصية الاقربون والابعدون
والكافر والمسلم والصبي والمراة في ذلك سواء وليس للمماليك والمدبرين وامهات
الاولاد في ذلك شيء فاما المكاتبون فهم في الوصية سواء اذا كانوا سكانا
في المحلة ولم يذكر عن ابي حنيفة في ذلك شيئا الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله ه اي في الزيادات
وقول زفر كقول ابي حنيفة ان الجار هو الملازق بداره سواء كان في الدار
او مالكا ذكره الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية وقال في حجتهم اذا
اوصى لجيرانه اعطي لاربعين جارا من اربعة جوانب اي من كل جانب اربعون
وجه قول الشافعي ما روي عن النبي صلى الله عليه وسلم انه قال حق الجوار
اربعون دارا هكذا وهكذا وهكذا وهكذا قال العلماء انه خبر لا يعرف
وراويه مطعون وجه قولهما وهو الاستحسان ان الموصي قصد بر من يخالطه
ويقرب منه وفي هذا المعنى يستوي الملاصق وغيره لان كل واحد ممن يجمعهم مسجد
واحد يسمي صاحبه جارا عرفا فوجب حمل الاسم عليه يوضحه ما روي عن
علي رضي الله عنه انه قال لا صلوة لجار المسجد الا في المسجد لانه لم يرد به الملازق
دون غيره فصار اهل المسجد كلهم جارا له فلما دخلوا تحت اسم الجار استحق كلهم الوصية
ووجه قول ابي حنيفة ان الجار هو الملاصق عرفا ومن بعد لا يسمى جارا فالواجب
حمل الاسم على حقيقته يوضحه قوله عليه السلام الجار احق بسقبه فالملاصق هو

الاحق بسقبه لا غيره فدل على ان الجار هو من يجاوره بسكناه فاستحق الوصية
كل من كان بهذه الصفة قال القدوري في كتاب التقريب وقد قال هلال
الراي ان الجار من اسمعه المنادي لانه روي عن علي رضي الله عنه انه قال لا
صلوة لجار المسجد الا في المسجد فقيل له ومن جار المسجد قال من اسمعه المنادي
قال وهذا ليس بشيء لانه لو جاز اعتبار الوصية بهذا الجوار لجاز في الشفعة
قوله لاطلاقه ه اي لاطلاق اسم الجار على المملوك وغيره قوله
قال ومن اوصى لاصهاره فالوصية لكل ذي رحم محرم من امراته ه اي قال القدوري
في مختصره قال الشيخ ابو الحسن الكرخي رحمه الله وقال في الاملاء اذا
قال اوصيت بثلث مالي لاصهاري فهو على كل ذي رحم محرم من زوجته ومن زوجة
ابنه ومن زوجة ابيه وزوجة كل ذي رحم محرم منه هولاء جميعا اصهاره ولا
يدخل في ذلك الزوجة نفسها امراته ولا امراة ابيه ولا امراة اخيه انما يكون
الاصهار كل ذي رحم محرم من زوجة اخيه وابيه وابنه الى هنا لفظ الكرخي رحمه
الله قال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح القدوري والاصل في ذلك
ان النبي صلى الله عليه وسلم لما اعتق صفية وتزوجها اعتق كل من ملك من ذي
رحم محرم منها اكراما وكانوا يسمون اصهار النبي صلى الله عليه وسلم وقال
في الصحاح الاصهار اهل بيت المراة وقال في مجمل اللغة قال
الخليل لا يقال لاهل بيت المراة الا الاصهار وقال فخر الاسلام البزدوي
في شرح الزيادات واما الصهر فقد يطلق على الختن لكن الغالب ما ذكره
محمد رحمه الله قال عاصم بن عدي ه

ولو كنت صهرا لابن مروان قربت ركابي الى المعروف والعطن الرحب
ولكنني صهر لآل محمد وخال بني العباس والخال كالاب

تسمى نفسه صهرا وكان اخا امراة العباس ثم قال فخر الاسلام فيه ومن شرط
بقاء هذا الاسم ان يموت الموصي وهن نساؤه او في عدة منه من طلاق رجعي فاما بعد
البينونة فتنقطع المصاهرة وانما تعتبر يوم الموت يعني ان المراة اذا كانت زوجة
الموصي يوم موت الموصي او كانت معتدة منه من طلاق رجعي يستحق اقربا المراة
الوصية باسم الصهر واذا كانت مبانة يوم موته لا يستحقونها لانقطاع
المصاهرة بالابانة وعدم الانقطاع فيما لم تكن مبانة وذكر الامام نجم الدين
عمر النسفي في نظمه لكتاب الزيادات بيتين يشتملان على معنى الصهر والختن فقال

اصهاره من يوصي اقارب عرسه ۞ ويزول ذلك ببائن وحرام
اختانه ازواج كل محارم ۞ ومحارم الازواج بالارحام

وهذا التفسير اختيار محمد وانما قيده بهذا التفسير لان الصهر يجي
في اللغة بمعنى الختن ايضا وقول محمد حجة في اللغة استشهد بقوله ابو عبيد في
غريب الحديث مع انه مؤيد بما روينا عن الخليل قوله قال ولو اوصى لاختانه
فالوصية لكل زوج ذات رحم محرم منه اي قال القدوري في مختصره قال
صاحب الهداية وكذا محارم الازواج ثم قال هذا في عرفهم لان ذلك رواية الزيادات
اي المذكور ثمة على عرفهم لا على عرفنا لان ازواج المحارم لا يسمون اختانا وفي
عرفهم يسمى الكل اختانا قال ابن دريد في الجمهرة ختن الرجل المتزوج بابنته
او باخته والجمع اختان والختونة المصدر وقال الشيخ ابو الحسن الكرخي
وقال في الزيادات اذا اوصى الرجل لاختانه بثلث ماله ثم مات فالاختان
ازواج البنات والاخوات والعمات والخالات وكل امراة ذات رحم محرم للموصي فزوجها
من اختانه وكل ذي رحم محرم من زوجها من ذكر او انثى هو ايضا من اختانه ولا يكون
الاختان الا ازواج ذوات الرحم المحرم ومن كان من قبلهم من ذوي الرحم المحرم ولا يكون

الاختان ما كان من قبل نساء الموصي وقال محمد في املايه اذا قال قد اوصيت
لاختاني بثلث مالي فاختانه زوج كل ذات رحم محرم منه وكل ذي رحم محرم من
الزوج فهؤلاء اختانه فان كانت له اخت وبنت اخت وخالة ولكل واحدة منهن
زوج ولزوج كل واحدة منهن ارحام فكلهم جميعا اختانه والثلث بينهم بالسوية
الانثى والذكر فيه سواء ام الزوج وجدته وغير ذلك سواء الى هنا لفظ
الكرخي رحمه الله قوله قال ومن اوصى لاقربايه فهي للاقرب فالاقرب
من كل ذي رحم محرم منه ولا يدخل فيها الوالدان والولد وتكون للاثنين فصاعدا
اي قال القدوري في مختصره وتمام لفظه فيه فاذا اوصى بذلك وله عمان
وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة وان كان له عم وخالان فللعم النصف
وللخالين النصف وقال ابو يوسف ومحمد الوصية لكل من ينسب الى الموصي الى
اقصى اب له في الاسلام الى هنا لفظ القدوري رحمه الله وقال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اوصى الرجل فقال ثلث مالي لذوي قرابتي فان
ابا حنيفة قال الوصية لقرابته من ذوي الرحم المحرم الاقرب فالاقرب منهم وقال
ابو يوسف ومحمد الوصية لجميع قرابته من قبل الرجال والنساء الى اقصى اب له في
الاسلام من الطرفين جميعا يشتركون في الثلث الاقرب منهم والابعد والذكر
والانثى فيه سواء وقالوا جميعا اذا قال لذوي قرابتي فهو لاثنين منهم فصاعدا عدا
واذا قال لذي قرابتي فهو لاثنين فصاعدا فان مات الموصي وله عمان وخالان لواحد
فالثلث على قول ابي حنيفة للعمين وفي قول ابي يوسف ومحمد هو بينهم سواء يشتركون
فيه فيكون الثلث بينهم ارباعا لكل واحد منهم الربع وقال ابو حنيفة ان كان له
عم وخالان فللعم نصف الثلث والنصف للخالين وان كان له عم واحد ولم يكن
له غيره من ذوي الرحم فنصف الثلث لعمه ونصف الثلث يرد على ورثة الموصي وقال

ابو يوسف ومحمد الثلث بين العم وبين من وجد من القرابة كان ذا رحم محرم
او لم يكن يشتركون فيه فان لم يكن من قرابته من قبل الرجال والنساء
الا عم واحد كان له نصف الثلث وبقية الثلث رد على ورثة الموصي فان كان
الموصي اوصى لذي قرابته فهو عند ابي حنيفة لكل ذي رحم محرم ايضا الاقرب فالاقرب
فان لم يكن له الا واحد كان له جميع الثلث وكذلك قال ابو يوسف انه اذا
قال لذي قرابته فوجد من قرابته واحد له رحم قريبا كان او بعيدا الى اقصى اب له
في الاسلام فهو لذلك الواحد لا يختلفون ان ذوي على الاثنين فصاعدا وذو على
الواحد الا انهم يختلفون فيمن يستحق من القرابة على ما فسرت لك ولا يدخل في
القرابة والد ولا ولد ذكر ولا انثى وان كان ممن لا يرث قال محمد لان الله تعالى
قال الوصية للوالدين والاقربين بالمعروف حقا على المتقين فاخرج الوالدين من
القرابة وجعلهما اقرب من القرابة فلما يخرج الوالدان من قرابة الولد فكذلك
يخرج الولد من قرابة الوالد فلا يسمى قريبا لانه اقرب الى الوالد من الولد اليه ولهذا اذا مات عن اب وابن كان للاب السدس والباقي للابن
او هما سواء فاما ما عدا ذلك من جد او جدة من قبل اب او ام او ولد من ذكر
او انثى ممن لا يرث فهو من القرابة الذين تقع لهم الوصية الى هنا لفظ الكرخي
في مختصره وقال في المختلف قال ابو حنيفة اذا اوصى لاقربائه يشترط فيه
خمس شرايط وهو كونه ذا رحم محرم واثنين فصاعدا وذلك ما سوى الوالد والولد
ممن لا يرث والاقرب فالاقرب وقالا لكل من يجمعه واياه اقصى اب له في الاسلام
دخل تحته المحرم وغير المحرم فيه سواء واتفقوا على اشتراط القرابة لان الاسم له وان
لا يكون وارثا لقوله عليه السلام لا وصية للوارث وان يعتبر اثنان فصاعدا لانه
اسم جمع والمثنى كالجمع في باب الوصية لانها اخت الميراث وفي الميراث كذلك
ولا يدخل الوالد والولد لانهما لا يسميان قريبا عرفا واختلفوا في شرطين اخرهما

المحرمية بالرحم شرط عنده وعندهما الرحم يكفي والثاني انه يشترط الاقرب
فالاقرب وعندهما يستوي بين الاقرب والابعد الى هنا لفظ المختلف وقال
الشافعي يصرف الى جميع اقربائه من قبل ابيه وامه القريب منهم والبعيد سواء كذا
في شرح الاقطع وهل يدخل فيها الجد وولد الولد قال في الزيادات انه يدخل
ولم يذكر فيه خلافا وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الجد وولد الولد لا يدخلان
في الوصية وكذا روي عن ابي يوسف لان الجد بمنزلة الاب وولد الولد بمنزلة
الولد كذا قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وانما اعتبر ابو حنيفة
رضي الله عنه كل ذي رحم محرم لان الله تعالى امر بصلة الرحم ونهى عن قطيعة الرحم والحق
الوعيد الشديد بمن سعى في قطيعته وهو قوله عز وجل ان تفسدوا في الارض وتقطعوا
ارحامكم اولئك الذين لعنهم الله وقال تعالى ان الله يامر بالعدل والاحسان
وايتاء ذي القربى فاذا كان مامورا بصلة الرحم فالظاهر انه قصد بالوصية
صلة الرحم فانصرفت الوصية الى من وجب عليه صلة الرحم وانما يجب عليه صلة ن
ذي رحم محرم ولا يجب عليه صلة غيرهم الا ترى انه لا يجب عليه نفقتهم
اذا كانوا معسرين ويجب عليه نفقة ذي الرحم المحرم فثبت ان الوصية انصرفت
اليهم ولان بينه وبين ذي الرحم المحرم من الخصوصية ما ليس بينه وبين سائر صلتهم
القرابات وهو ان لا يجوز المناكحة بينهما ولو ملكه يعتق ولو وهب له هبة لا
يرجع ولو كان معسرا وجبت عليه نفقته فاذا كان بينهما من الخصوصية
ما ليس بين سائر القرابات انصرفت الوصية اليه دون غيره وانما اعتبر الاقرب
فالاقرب لان كل من كان اقرب اليه كان اشبه بهذا اللفظ لان الله تعالى ندب
الى الوصية الاقرب فقال تعالى الوصية للوالدين والاقربين فالظاهر انه قصد الاقرب
حتى يكون اشبه بكتاب الله تعالى فكان الاقرب اولى كما في العصبات وذوي

الارحام في الميراث والاقرب في الشفعة وقال في كتاب نكت الوصايا وفي
قول ابي يوسف الاول كل ذي رحم محرم فيه سواء وفي قوله الآخر وهو قول محمد
ذو رحم محرم وغيره من القرابة سواء وكل من يجمعه واياه اقصى اب في الاسلام
دخل في الوصية وفي قول ابي يوسف بن خالد السمتي كل من يجمعه واياه
ثلثة اباء في الاسلام دخل في الوصية وقال بعضهم كل من يجمعه اربعة اباء
وقال بعضهم كل من عرف من اقربايه دخل فيه ولا يوقت وقتا وجه
قول ابي يوسف الاول ان كل ذي رحم محرم في وجوب الصلة سواء وليس احدهم
اولى من الآخر الا ترى انه لو اوصى لاخوته وله اخوة بعضهم من الاب وبعضهم
من الام وبعضهم من الاب والام دخلوا كلهم في الوصية ولا يعتبر فيهم الاقرب
فالاقرب فكذلك ههنا ووجه قوله الآخر ان لفظ القرابة في الابعدين
اكثر اشتعمالا من الاقربين الا ترى ان الرجل لا يقول لاخيه هو قريبي فلما
كان هذا اللفظ في الابعدين اكثر استعمالا دخلوا فيه الا ترى الى قوله عز
وجل وانذر عشيرتك الاقربين لما نزل جمع رسول الله صلى الله عليه وسلم زهاء
سبعين نفسا وقال لهم اني لكم نذير بين يدي عذاب شديد وكان فيهم
ذو رحم محرم وغيرهم فثبت انه يدخل في الوصية الجميع الا انه لا يمكن
ان يدخل فيه جميع اولاد آدم فيجعل الحد فيه من يجمعه واياه اقصى اب في الاسلام
لانه لما ورد الاسلام صارت المعرفة باهل الاسلام وكان قبل ذلك يعرف
بقبايل الجاهلية ووجه قول السمتي ان النبي صلى الله عليه وسلم كان لا يحل له
الصدقة ولا لاحد من اقربايه وكان بنو هاشم لا يحل لهم اخذ الصدقة وهاشم
كان الاب الثالث لرسول الله صلى الله عليه وسلم وهو محمد بن عبد الله بن عبد المطلب بن
هاشم بن عبد مناف ووجه من اعتبر الى اربعة اباء ان النبي صلى الله عليه وسلم

كان يعطي سهم ذوي القربى بني عبد مناف وعبد مناف كان الاب الرابع ه
فاذا عرفت هذا فان كان للموصي عمان وخالان والموارث غيرهم فالثلث
للعمين دون الخالين في قول ابي حنيفة لانه يعتبر الاقرب فالاقرب والعمان
اقرب من الخالين لان قرابتهما من قبل الاب والانسان ينسب الى ابيه الا ترى
ان الولاية للعم دون الخال في باب النكاح فثبت انهما اقرب من طريق الحكم
وان كان عما واحدا وخالين كان للعم النصف والنصف الباقي للخالين لان
العم الواحد لا يقع عليه اسم الجماعة فلا يجوز ان يستوجب جميع الوصية فاذا دفع
اليه النصف وبقي النصف صرف الى الخالين لانهما اقرب اليه بعد العم وهما يستحقان
اسم القرابة فاذا اخذ العم النصف فاجعل في النصف الباقي كانه لم يترك الا الخالين
وفي قول ابي يوسف ومحمد العمان والخالان سواء وقد قال ابو حنيفة اذا اوصى
لذي قرابته وكان له عم استحق جميع الثلث لان اللفظ تناول الواحد والخلاف
فيما اذا اوصى لذوي قرابته او لاقاربه او لانسابه او لارحامه او لذوي ارحامه
سواء ذكره في الزيادات **قوله** على ما اختلف فيه المشايخ ه اي اختلف
المشايخ في اقصى اب في الاسلام من هو قال بعضهم هو اول اب اسلم
وقال بعضهم لا يشترط الاسلام بل يشترط ان يدرك الاسلام مثل رجل من
العلوية اوصى لاقاربه فمن شرط الاسلام اعتبر الاتصال بعلي رضي الله عنه دون
ابي طالب ومن لم يشترطه اشترك فيه على قوله اولاد ابي طالب وهذا اشبه ولا
يدخل فيه اولاد عبد المطلب لانه لم يدرك الاسلام كذا قال فخر الاسلام
البزدوي في شرح الزيادات **قوله** فيكون اسما لمن قامت به ه اي يكون
القريب اسما لمن قامت القرابة به **قوله** فينتظم بحقيقته مواضع الخلاف ه اي
يشمل اسم القريب بحقيقته مواضع الخلاف وهي ذو الرحم غير المحرم والرحم الابعد **قوله**

ولا يدخل فيه قرابة الولاد اي لا يدخل في الوصية على ذوي قرابته الوالد والولد لانه اقرب من القرابة الا ترى ان من سمى والده قريبا كان عاقا عرفا يدل عليه قوله تعالى الوصية للوالدين والاقربين عطف الاقرب على الوالدين والعطف يقتضي المغايرة فلا يكون الوالد قريبا فاذا لم يكن الوالد قريبا لا يكون الولد قريبا ايضا لانه يلزم من قرب احدهما الى الاخر قرب الاخر اليه والا لا يثبت القرب اصلا **قوله** قال ومن اوصى لاقاربه وله عمان وخالان فالوصية لعميه عند ابي حنيفة اي قال القدوري في مختصره وقد بيناه وما بعده قبل هذا **قوله** ولو كان له عم واحد فله نصف الثلث اي فيما اذا اوصى لاقاربه وكان له عم واحد ولم يكن هو وارثا كان له نصف الثلث والنصف الباقي يرد على الورثة لانه لا بد من اعتبار معنى الجمع وهو الاثنان **قوله** ولا انسبائه من جمع النسب كالانصباء في جمع النصيب **قوله** في جميع ما ذكرناه يعني يشترط فيه خمس شرائط عند ابي حنيفة وقد مر ذلك وعندهما لا يشترط الرحم المحرم والاقرب فالاقرب **قوله** قال ومن اوصى لاهل فلان فهي على زوجته عند ابي حنيفة وقالا يتناول كل من يعولهم وتضمهم نفقته **قوله** قال لم يقع هنا شيا لان عادة المصنف ان يذكر لفظ قال اذا كان المسألة مسألة القدوري او الجامع الصغير او كانت مذكورة في البداية وهذه مع ما بعدها الى قوله ومن اوصى لولد فلان ليست من تلك الجملة وكل هذه المسائل مذكورة في مختصر الكرخي قال الكرخي في مختصره قال محمد في املائه قال ابو حنيفة اذا اوصى فقال ثلث مالي لاهل فلان فان هذا على زوجة فلان خاصة وقال ابو يوسف ومحمد هذا على جميع من يعوله فلان ممن تضمه نفقته غيرها كان او غيره الزوجة واليتيم في حجره والولد اذا كان يعوله فان كان كبيرا قد اعتزل عنه او كانت بنتا قد تزوجت فليس

اهله انما اهله من ضمتهم نفقته وهي في عياله وقال في الزيادات اذا اوصى لاهل فلان او لاهله فالقياس في هذا ان الوصية للزوجة خاصة دون من سواها ولكنا نستحسن فنجعل الوصية لجميع من يعول ممن يجمعهم منزله وداره من الاحرار ولا يدخل في ذلك مماليكه ولا وارث الموصي ولا يدخل الموصى لاهله في شيء من هذه الوصية لم يذكر قول ابي حنيفة في الزيادات الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وجه قولهما ان اسم الاهل يطلق على كل من يعوله وتضمه نفقته بدليل قوله تعالى لي
في قصة يوسف واتوني باهلكم اجمعين وقوله تعالى فنجيناه واهله الا امراته وقوله تعالى ووهبنا له اهله ومثلهم معهم ولم يرد في هذه المواضع الزوجة خاصة فيحمل على الكل الا ان المماليك لا يدخلون لانهم خدم الاهل تبع لهم ولا يقال للمماليك اهل المولى ايضا وان كان له اهل بلد غير دخلوا جميعا ذكره فخر الاسلام في شرح الزيادات ووجه قول ابي حنيفة ان الاهل يراد به الزوجة في العرف يقال من تاهل ببلدة فهو منهم اي تزوج وقول صاحب الهداية وغيره في الاحتجاج لابي حنيفة بقوله تعالى وسار باهله فيه نظر لانه لم يرد في الاية الزوجة خاصة لانه تعالى قال فلما قضى موسى الاجل وسار باهله انس من جانب الطور نارا قال لاهله امكثوا الا ترى انه خاطبهم بخطاب الجمع والاية في سورة القصص وكذلك خاطب في سورة طه وقال وهل اتاك حديث موسى اذ راى نارا فقال لاهله امكثوا **قوله** ولو اوصى لال فلان فهو لاهل بيته قال الكرخي في مختصره ولو قال قد اوصيت بثلث مالي لال فلان كان بمنزلة قوله لاهل بيت فلان ولا يدخل واحد من قرابة الام في شيء من هذه الوصية الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله وقال الكرخي ايضا ولو اوصى بثلث ماله لاهل بيته او لجنسه فهذا على بني ابيه الذين ينسبون اليه اقصى اب في

من ذوي الرحم المحرم وغيرهم ممن لا يرث على ما وصفت لك وان كان ابوه او ولده
على غير دينه وهو ولده لصلبه دخلوا في الوصية لانهم من اهل بيته الى ههنا لفظ
الكرخي وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي اذا اوصى لاهل بيته
فان كان الموصي من اولاد العباس فكل من كانت نسبته الى العباس من قبل
الاب دخل فيه سوآ كان ذكرا او انثى بعد ان يكونوا منسوبين اليه من قبل الاباء ومن
كان نسبته اليه من قبل الام لا يدخل فيه لانه لا ينتمي من اهل بيته وانما ينتمي من
اهل بيت آخرين وكذا الوصية لجنس فلان او لمحتاجي جنسه لان الجنس واهل
البيت سوآء وقال فخر الاسلام في شرح الزيادات وكذلك المراة توصي
لجنسها واهل بيتها لم يدخل فيه ولدها الا ان يكونوا من بني اعمامها **قوله** لان
الانسان يتجنس بابيه لان الجنس عبارة عن النسب والنسب الى الاباء الا ترى
ان ابرهيم بن النبي صلى الله عليه وسلم كان هاشميا وان كان ولد من مارية وكذلك
الخلفاء ولدوا من الاماء جميعا الا ما شذ وكانوا عباسيين صالحين للخلافة
قوله ولو اوصى لايتام بني فلان او لعميانهم او لزمناهم او لاراملهم ان كانوا
قوما يحصون دخل في الوصية اراملهم فقراؤهم واغنياؤهم ذكورهم واناثهم واليتيم
اسم لمن كان دون البلوغ ولا اب له لقوله عليه السلام لا يتم بعد الاحتلام رواه
علي في السنن في كتاب الوصايا قال في تحفة الفقهاء ولو اوصى لايتام بني
فلان فانه يقع على من لا اب له ولو اوصى لايامى بني فلان فالايم كل امراة لا زوج
لها بكرا كانت او ثيبا وعند محمد يقع على الثيب لا غير والارملة كل امراة محتاجة
ارملت من زوجها وما لها ثم الوصايا نوعان فالوصية لقوم يحصون تقع
على عدد رؤسهم على السوآء ذكرهم واناثهم غنيهم وفقيرهم صغيرهم وكبيرهم فاما
اذا كان لا يحصى عددهم فهو على ثلثة اوجه ان اوصى لاهل الحاجة نصا بان قال لفقراء

بني تميم او لمساكينهم او اراملهم فانه يصح لان الحق فيه لله تعالى والفقرآء مصارف فصاحب
الحق معلوم فصحت والثاني ان يذكر اسما لا يدل على الحاجة لا عرفا ولا لغة كقوله
اوصيت لبني فلان او لايامى بني فلان او لشبانهم او لهرماهم او لكهولهم او لشيوخهم
فانه لا يجوز لان الوصية تقع لهم وهم مجهولون والثالث ان يكون الاسم قد يقع
على الفقرآء اما في عرف اللغة او في عرف الشرع كما اذا اوصى لايتام بني فلان او
لعميانهم او لزمناهم لقوله تعالى واليتامى والمساكين فمتى كانوا لا يحصون يستدل
به انه اراد به الفقرآء منهم تصحيحا للوصية بخلاف ما اذا كانوا يحصون فانه يقع على
الاغنياء والفقرآء منهم لانه يمكن العمل بحقيقة الاسم لانه تصح الوصية لهم كذا في
التحفة وجملة الكلام فيه ما قال الكرخي في مختصره قال قال محمد في
الاملاء وقال ابو يوسف ومحمد اذا اوصى بثلث ماله لايتام بني فلان فان كانوا
يحصون دخل فيهم الفقير والغني وكان الثلث بينهم بالسوية الذكر والانثى فيه سوآء
وان كانوا لا يحصون فالثلث للفقرآء منهم كانه اوصى للمساكين فيعطي الوصي من
شاء منهم وكذلك لو قال قد اوصيت بثلث مالي لعميان بني فلان او لزمنى بني فلان
فان كانوا يحصون فالثلث بينهم للغني والفقير بالسوية وان كانوا لا يحصون
فالثلث للفقرآء منهم على ما وصفت لك واذا اوصى لارامل بني فلان فالوصية
بينهن لكل امراة محتاجة كان لها زوج فطلقها او مات عنها فهذه الارملة قد
ارملت من زوجها وما لها ولا يدخل في ذلك ذكر محتاج ولا غني ولا يدخل في
ذلك امراة غنية فان كن يحصين قسم ذلك بينهن بالسوية وان كن لا يحصين
فهذا على ما وصفت لك من امر المساكين واذا اوصى لايامى بني فلان والايم
كل جارية قد بلغت وجومعت لا زوج لها فهن الايم غنية كانت او فقيرة فان كن
يحصين فالثلث بينهن بالسوية الغنيات وان كن لا يحصين كان بمنزلة قوله لبني ادم

ولبني تميم فالوصية باطلة ولا تكون الجارية التي لها زوج أيمًا وإذا قال لكل
ثيب من بني فلان فإن كن لا يحصين فالوصية باطلة وإن كن يحصين فالوصية
جائزة بينهن بالسوية الصغيرة والكبيرة في ذلك سواء والثيب كل امرأة جومعت
حلالًا أو حرامًا صغيرة كانت أو كبيرة غنية كانت أو فقيرة ذات زوج كانت
أو غير ذات زوج قال محمد وهذا قول أبي يوسف وقولنا قال فأما في
قول أبي حنيفة فإنه ينبغي أن تكون إذا جومعت بفجور أن لا تكون ثيبًا وإذا أوصى
لكل بكر في بني فلان فإن كن لا يحصين فالوصية باطلة وإن كن يحصين فالوصية
للإناث دون الذكور والبكر كل امرأة صغيرة أو كبيرة غنية أو فقيرة ذات
زوج أو غير ذات زوج ما لم يبتكرها رجل فإذا ذهبت العذرة من وثبة أو من وضوء
أو من حيض أو غير ذلك إلا أنه بغير جماع رجل فهي بكر على حالها وهي داخلة في الوصية
فإذا ابتكرها رجل فجامعها بفجور أو حلال أو شبهة فقد خرجت من أن تكون بكرًا
ولا شيء لها من الوصية إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال الكرخي
أيضًا فيه قال معلى في نوادره عن أبي يوسف في رجل أوصى لقرابته فالقرابة من قبل
الأب والأم وإنما الجنس واللحمة من قبل الأب وقال أبو يوسف إذا أوصى رجل
لأهل بيته دخل أبوه وجده فيهم إذا كان ممن لا يرث وإذا أوصى لقرابته لم يدخل
الأب والجد في شيء من ذلك إلا أن يقول لقرابتي من الأقرب فالأقرب وقال
أبو يوسف في رجل أوصى بثلث ماله في الصلة وله أخوة وأخوات وبنو أخ وبنو أخت
قال يوضع الثلث في جميع قرابته من هؤلاء ومن ولد منهم بعد موته لأقل من ستة
أشهر ومن ولد بعد ذلك لم يدخل معهم وقال الكرخي أيضًا قال ابن سماعة
قال سمعت أبا يوسف قال في رجل قال قد أوصيت بثلث مالي للشباب أهل بيتي أو قال
لكهول أهل بيتي أو قال للمشيخة أهل بيتي قال الشباب من خمس عشرة إلى خمسين إلا أن يغلب

الشمط قبل ذلك والكهل من ثلثين إلى آخر عمره والشيخ ما زاد على الخمسين
قال ابن سماعة وكان أبو يوسف قال لي بها قبل هذا القول بأشهر أو سنة
خلاف هذا وقال هذا القول بعد ذلك وقال ابن سماعة عن أبي يوسف سمعته
يقول في رجل أوصى لكهول أهل بيته قال الكهل ابن ثلثين سنة فصاعدًا إلى مائة
أو أكثر وإن قال لمشيخة أهل بيتي فالشيخ ابن أربعين سنة فصاعدًا وإن قال غلمان
أهل بيتي فابن أقل من خمس عشرة سنة إلا أن يكون منهم قد احتلم في أقل من ذلك
قال أبو الحسن أرى هذا القول الذي ذكر ابن سماعة أنه رجع عنه وروى
عنه ابن سماعة قولًا آخر قال سمعت أبا يوسف قال في رجل أوصى بثلث ماله لكهول
أهل بيته قال هو لأبناء الثلثين إلى الأربعين وقال الشيخ ما زاد على الخمسين وإن
لم يشب وإذا زاد على الأربعين فكان شيبه أكثر فهو شيخ وإن كان السواد أكثر
فليس بشيخ والشاب إذا احتلم فهو شاب قال أبو عبد الله أحسبه إلى ثلثين سنة
وقال عمرو بن عمرو عن محمد الغلمان ما كان ابن أقل من خمس عشرة سنة والشبان
والفتيان إذا بلغوا الخمس عشرة سنة وفوق ذلك والكهول إذا بلغوا الأربعين ما
بين الخمسين إلى الستين إلا أن يكون الشيب قد غلب عليه فيكون شيخًا وإن لم يبلغ
الخمسين إلا أنه لا يكون كهلًا حتى يبلغ الأربعين فكذلك لا يكون شيخًا حتى يجاوز ما
إلى هنا لفظ الكرخي في مختصره **قوله** إن كانوا قومًا يحصون قال
الفقيه أبو الليث السمرقندي في كتاب نكت الوصايا اختلفوا في مقدار الإحصاء روي
عن أبي يوسف أنه قال إذا زادوا على المائة فإنهم لا يحصون وإن كانوا مائة أو أقل
فإنهم يحصون واحتج أن النبي صلى الله عليه وسلم قسم سهام خيبر وجعل لكل
مائة سهمًا فإذا أعطى لكل مائة سهمًا كان ذلك قسمة صحيحة فقد وقع ذلك في
ملك خاص وقال بعضهم إذا كانوا بحال لا يمكن أن يعدوا إلا أن يموت

فيهم ميت او يولد فيهم مولود فهم قوم لا يحصون وقال بعضهم اذا كانوا بحال لو
نظر الناظر اليهم لا يعرف عددهم ويحتاج الى التكلف في حسابهم وقال بعضهم
لا توقيت في ذلك وقتا والامر موكول الى اجتهاد الحاكم وقال من تردد في الاحصاء
فهو احق ورايت ان هذا قول محمد الى هنا لفظ الفقيه في كتابه **قوله** وفي
الوصية للفقرآء والمساكين يجب الصرف الى اثنين منهم اعتبارا لمعنى الجمع واقله
اثنان اي اقل الجمع اثنان في الوصايا ولم يذكر صاحب الهداية فيه الخلاف
فينبغي ان يكون هذا على قول محمد لان الفقيه ابا الليث ذكر في كتاب نكت الوصايا
فيه الخلاف فاذا قال لفقرآء بني فلان فانه يجوز وذلك لانه قصد بالوصية التقرب
الى الله تعالى فان كانوا يحصون يدفع الى جميع فقرآئهم لانه يصير بمنزلة التسمية
لهم وان كانوا لا يحصون جاز ان يدفع الى بعضهم دون بعض ثم في قول
ابي حنيفة وابي يوسف جاز له ان يدفع كله الى نفر واحد وفي قول محمد لا يجوز الا
ان يدفع الى اثنين فصاعدا اما مذهب ابي حنيفة وابي يوسف فان الكلام
انصرف الى الجنس والجنس يتناول الواحد والاكثر الا ترى الى قول الله تعالى
انما الصدقات للفقرآء والمساكين فلو دفع الى مسكين واحد جاز ولو حلف رجل
وقال عبده حر ان تزوج النسآء فتزوج امراة واحدة عتق العبد فكذلك ههنا
انصرف الى الجنس والجنس يقع على الواحد والاكثر واما مذهب محمد فهو ان الوصية
اخت الميراث واقل الجماعة في باب الميراث اثنان فصاعدا الا ترى الى قوله
الله تعالى فان كان له اخوة فلامه السدس فوقع ذلك الاسم على الاثنين فصاعدا فكذلك
ههنا وكذلك ذكر الخلاف في مختلف الرواية وشرح الكافي وغير ذلك **قوله**
ولو اوصى لبني فلان يدخل فيهم الاناث في قول ابي حنيفة اول قوله وهو قولهما
لان جمع الذكور يتناول الاناث ثم رجع فقال يتناول الذكور خاصة قال

الكرخي في مختصره قال بشر عن ابي يوسف في رجل اوصى بثلثه لبني فلان رجل من
الناس يعرف فان ابا حنيفة قال في ذلك هو لولده جميعا الذكر والانثى فيه سوآء ثم
رجع عن ذلك فقال هو للذكور دون الاناث قال الا ترى انك لا تقول للمراة
هذه من بني فلان اذا كنت تنسبها الى ابيها فاما اذا نسبتها الى قبيلة فانك
تقول هي من بني فلان فيستقيم وقال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي
اذا اوصى بثلثه لبني فلان فهذا لا يخلو اما ان يكون الاب قبيلة مثل تميم وكلب
او لا يكون قبيلة بل ابا خاصا فان كان قبيلة دخل فيه الذكور والاناث لان
المراد النسبة والمراة تقول انا من بني فلان كما يقول الرجل لانه لا حقيقة لهذه
النسبة وانما ينسب اليها مجازا فنسبنا ولا جنس من ينسب اليها حقيقة كان او مجازا
الا ترى انه يدخل فيه الحليف والعديد وهذا اذا كانوا يحصون فان كانوا
لا يحصون فالوصية باطلة لان في القبيلة اغنياء وفقرآء والوصية للاغنياء
صلة والصلة للمجهول باطل وهذا ذكر الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية حيث
قال اذا اوصى لبني فلان فان كان فلان ابا القبيلة جازت الوصية ويدخل فيه
البنون والبنات اذا كانوا لا يحصون فهي وصية لمعلوم فصحت الوصية وان كانوا
لا يحصون فهي وصية لمجهول فلم تجز الى هنا لفظ الفقيه وذكر في التحفة بخلاف
هذا حيث صحح الوصية اذا كان لا يحصى عددهم ايضا قال ولو اوصى لبني فلان ان كانوا
لا يحصى عددهم لبني تميم وبني العباس فانه يصرف الى جميع القبيلة ويدخل فيهم الحليف والموالي
بسبب الولا والعتاقة لان هذا بمنزلة الصدقة وله ان يصرفها الى واحد والى اكثر عند
ابي يوسف لانه اسم جنس وعند محمد يصرف الى الاثنين لان اسم الجنس في الوصية
يقع على الاثنين والذكر والانثى فيه سوآء لانه اسم القبيلة كذا في التحفة فاما
اذا كان فلان اب صلب قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا فا

كانوا كلهم ذكورا دخلوا فيه وان كانوا كلهم اناثا لم يدخلوا فيه وان كانوا
ذكورا واناثا اختلفوا فيه ففي قول ابي حنيفة الذي روى عنه ابو يوسف وهو
قول ابي يوسف تكون الوصية للذكور دون الاناث واما في قول محمد وهو
قول ابي حنيفة الذي روى عنه يوسف بن خالد السمتي دخل فيه الذكور والاناث جميعا
فاما مذهب ابي حنيفة وابي يوسف ان البنين جماعة الابن فيقع هذا اللفظ على
الذكور دون الاناث لانه يمكن ان يصرف الكلام الى الحقيقة فيستغنى عن المجاز
وحقيقة هذا اللفظ للذكور دون الاناث الا ترى ان الاولاد لو كانوا
كلهم اناثا لا شيء لهم والمعنى في ذلك انه جعل الوصية للبنين لا للبنات فكذلك
ههنا وكذلك اذا كان فلان جدا لا يدخل فيه الا الذكور لان النسبة الى الجد
بمنزلة الحقيقة لان كثيرا من الناس ينسب الى الجد الا ترى ان ابن ابي ليلى
ينسب الى جده وكذلك ابو نصر بن سلام وهو اسم جده فلما ثبت ان الانسان قد ينسب
الى الجد صار حكم ابي الصلب والجد سواء واما مذهب محمد ان البنات اذا
اختلطن بالبنين غلب اسم الذكور على البنات الا ترى انه يقال ابوان وان كان
احدهما اما فكذلك ههنا يسمون بنين وان كان بعضهم اناثا الا ترى
الى قوله تعالى فان كانوا اخوة رجالا ونساء نص على الاخوة والاخوات اسم الاخوة
وقال في التحفة واما اذا لم يكن لفلان ولد الصلب فان الوصية للذكور من
اولاد البنين عند ابي حنيفة وعندهما يدخل الكل وهل يدخل بنو البنات عند ابي حنيفة
روى الحسن انهم يدخلون وذكر في السير الكبير انهم لا يدخلون ولو كان له ابن
واحد وبنو ابنين فللابن النصف والباقي للورثة دون بني البنين وعندهما للابن النصف
والباقي لبني البنين واذا كان له ابنان وبنو ابن فالكل للابنين لان الابنين في
الوصية بمنزلة الجمع ولو كان ابن واحد وبنات فالنصف للابن والباقي للورثة عند

ابي حنيفة وعندهما النصف للابن والباقي للبنات ولو كان له بنات وبنو ابن فلا شيء
لهم بل للورثة عنده وعندهما للكل على السواء ولو اوصى لولد فلان فانه يدخل فيه
الذكر والانثى على السواء ويدخل فيه الجنين الذي يولد لاقل من ستة اشهر ولا يدخل ولد
الولد ما دام الصلبي حيا فان كان بنات وبنو الابن فهي للبنات لا غير ولو كان ولد
واحد فالكل له لان اسم الولد يقع على الواحد كذا في التحفة **قوله** بخلاف ما
اذا كان بنو فلان اسم قبيلة او فخذ حيث يتناول الذكور والاناث لانه ليس
يراد بها اعيانهم اذ هو مجرد الانتساب كبني آدم قال الكرخي في مختصره واذا
قال لبني فلان وبنو فلان اولئك قبيلة لا تحصى دخل مواليهم في الوصية موالي الولا لاء
الذين اسلموا على ايديهم وموالي العتاقة وحلفاؤهم واعداؤهم معهم وان كان
اوصى لبني فلان وهم بنو اب وليسوا بقبيلة ولا فخذ كانت الوصية لبني فلان من
العرب خاصة دون الموالي ودون الحلفاء الى هنا لفظ الكرخي رحمه الله
والحليف اسم لمن ياتي قبيلة يحلف لهم ويحلفون على التناصر ويقال فلان عديد
بني فلان اي يعد منهم والفخذ من العشائر اقل من البطن وبيانه فيما قال صاحب
الكشاف الشعب الطبقة الاولى من الطبقات الست التي عليها العرب وهي الشعب
والقبيلة والعمارة والبطن والفخذ والفصيلة فالشعب تجمع القبائل والقبيلة تجمع
العمائر والعمارة تجمع البطون والبطن تجمع الافخاذ والفخذ تجمع القبائل خزيمة
شعب وكنانة قبيلة وقريش عمارة وقصي بطن وهاشم فخذ والعباس فصيلة
وسميت الشعوب لان القبائل تشعبت منها **قوله** واذا اوصى لولد فلان
فالوصية بينهم الذكر والانثى فيه سواء اي قال القدوري في مختصره وذلك لان
اسم الولد يتناول كل واحد من الذكر والانثى على الانفراد فيتناولهم على الاجتماع فلما تناول دي
الذكر والانثى في تناول الاسم تساويا في الاستحقاق لانه ليس في اللفظ ما يدل على

التفضيل قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ولو اوصى لولد فلان
وليس له ولد صلب فالوصية لولد ولده ولان ولد الولد يسمى ولدا على طريق المجاز
فلو صرفت الوصية اليه صح كلام الموصي ولو لم يصرف اليه بطل كلام الموصي والعاقل
يقصد بكلامه ما يصح ولا يقصد بكلامه ما لا يصح فاذا كان هكذا دخل ولد الولد في
الوصية اذا لم يكن له ولد الصلب ولو كان له ولد واحد من ولد الصلب فالوصية
كلها له لانه يستحق اسم الولد وليس لولد الولد شي لانه اذا امكن صرف الكلام الى
الحقيقة لا يصرف الى المجاز ولا يكون لولد البنت شي لان ولد البنت ليس من ولده
لانه ينسب الى قوم الاب ولا ينسب الى قوم الام فاذا لم يكن من ولده لا يدخل فيه
وهكذا ذكر شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي حيث قال ولو كان له ولد
واحد ذكر او انثى فجميع الوصية له لانه هو المستحق للاسم على الحقيقة فلا يصرف الى
مجازه وذكر الكرخي في مختصره بخلاف ذلك حيث قال وان قال قد اوصيت
بثلث مالي لولد فلان وله ولد لصلبه ذكور واناث كان الثلث لهم بعد ان يكونوا
اثنين فصاعدا ولم يكن لولد ولده شي وان كان لصلبه واحد وله ولد ولد
كان للذي لصلبه نصف الثلث ذكرا كان او انثى وكان ما بقي لولد ولده من سفل
منهم ومن قرب بالسوية الذكر والانثى فيه سواء وهذا كله على قياس قول ابي حنيفة
وزفر وابي يوسف الى هنا لفظ الكرخي في مختصره وقال القدوري في كتاب
التقريب روى الحسن عن ابي حنيفة رضي الله عنه فيمن اوصى لولد فلان انه يدخل في الوصية
الولد وولد الولد لان الاسم يتناولهم وقد فهم ذلك من ظاهر قوله تعالى يوصيكم
الله في اولادكم ثم قال القدوري والصحيح ان لا يدخلوا مع ولد الصلب لان
الاسم حقيقة فيهم مجاز في ولد الولد ومن اصله ان الاسم لا يحمل على الحقيقة والمجاز
ثم قال وقد قال ابو حنيفة فيمن اوصى لولد فلان وله اولاد بنات انهم لا يدخلون

في الوصية وروى الحسن عنه دخولهم في الوصية مثل اولاد البنين ثم قال
وذكر الطحاوي عن الخصاف عن محمد ان بني البنات يدخلون في الوقف الذي لبني
فلان ثم قال وقد ذكر في السير الكبير ان بني البنات لا يدخلون في الامان
اذا كان للرجل ولده ثم قال وذكر الخصاف عن ابي حنيفة فيمن اوصى لولد
فلان بثلث ماله ان الثلث للذكور دون الاناث وروى بشر عن ابي يوسف
عن ابي حنيفة مثل ذلك وقال محمد يدخل اولاد البنات ثم قال
القدوري وذكر الانصاري عن ابي حنيفة وزفر ان ولد البنات يدخلون في
الوقف للاولاد ووجه الرواية الاولى ان اولاد البنات لا ينسبون الى
الجد وانما ينسبون الى قبيلة ابيهم وقولهم ولد فلان يفيد من ينسب اليه بالولادة
وقد سيل الشعبي عن ذلك فاجاب انه لولد البنين ده وانشد ن

بنونا بنو ابنائنا وبناتنا ... بنوهن ابناء الرجال الاباعد

ووجه رواية الحسن ان ولد البنات ينسبون الى جدهم ولهذا يقال في
الحسن والحسين رضي الله عنهما انهما ابنا رسول الله صلى الله عليه وسلم واولاده
ومن هنا حكاية يحيى بن يعمر ذكرها شمس الايمة السرخسي في شرح السير الكبير
وهي ان الحجاج امر به ذات يوم فادخل عليه وهم بقتله وقال له لتقران على آية
من كتاب الله تعالى نصا على ان العلوية من ذرية رسول الله صلى الله عليه وسلم او
لاقتلنك فتلا عليه قوله تعالى فقل تعالوا ندع ابناءنا وابناءكم وقوله تعالى ونوحا
هدينا من قبل ومن ذريته داود وسليمن وايوب ويوسف وموسى وهرون
وكذلك نجزي المحسنين وزكريا ويحيى وعيسى والياس كل من الصالحين
ثم قال فعيسى من ذرية نوح من قبل الاب او من قبل الام فبهت الحجاج ووصله بجميل
وقال كاني سمعت بهذه الاية الان وذكر الواحدي في اسباب نزول القران

جوابه

عن الشعبي قال ابناءنا الحسن والحسين ونساءنا فاطمة وانفسنا علي بن ابي طالب وجوابه
ان ذلك نوع من المجاز ولا مانع منه بدليل قوله تعالى ما كان محمد ابا احد من
رجالكم ومن كان ولدك حقيقة كنت ابا له حقيقة قوله ومن
اوصى لورثة فلان فالوصية بينهم للذكر مثل حظ الانثيين وهذا لفظ القدوري
في مختصره وذلك لانه لما وصفهم بورثة فلان دل ذلك على تفضيل البعض على البعض
كما في الميراث فلما دل على التفضيل كما في الميراث كان للذكر مثل حظ الانثيين
قوله ومن اوصى لمواليه وله موال اعتقهم وموال اعتقوه فالوصية
باطلة وهذه من مسائل الجامع الكبير ذكرها تفريعا على مسئلة القدوري
قال محمد في الجامع الكبير واذا اوصى الرجل بثلث ماله لمواليه وله موال اعتقهم
وموال اعتقوه فالوصية باطلة حتى يبين لاي الفريقين اوصى ولو مات قبل
البيان لا تنفذ وصيته وقال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الكبير
هكذا ذكر في الكتاب واضاف القول الى ابي يوسف ومحمد رحمهما الله ثم
قال الشيخ ابو المعين وحكى الشيخ الامام ابو نصر الصفار عن القاضي ابي الهيثم النيسابوري
قال كان ابو سهل الزجاجي يقول روي عن ابي حنيفة ان الوصية جائزة وثلث ماله
بين الفريقين الاعلى منهما والاسفل ثم قال ابو المعين وروي عن ابي يوسف
في الامالي روايتان قال في رواية ان الوصية جائزة للموالي الذين اعتقوه ويكون الثلث
لهم وفي رواية قال يجوز للموالي الذين اعتقهم الموصي وروى هشام عن محمد انه
قال الوصية باطلة الا ان يصطلحا على ان الثلث بينهما فاذا اصطلحا على ذلك جازت
الوصية وكان الثلث بين الفريقين كذا ذكر الشيخ ابو المعين وقال الشيخ
ابو الحسن الكرخي في مختصره واذا اوصى الرجل لمواليه وله موال اعتقهم وموال
اعتقوه ولم يبين اي الفريقين اراد فالوصية باطلة عند ابي حنيفة وابي يوسف ومحمد

رحمهم الله وقال في التهذيب وكذلك ذكره الانصاري عن ابي حنيفة وزفر
رحمهما الله وقال في شرح الاقطع وقال الشافعي في بعض كتبه الوصية لهم جميعا
وذكر في موضع آخر انه يوقف حتى يصطلحوا وجه رواية ابي سهل ان الاسم يتناول
الفريقين جميعا الاعلى والاسفل ويجوز ان يكون غرضه زيادة النعمة في حق المولى الاسفل
وشكر النعمة في حق المولى الاعلى ولا منافاة بينهما ولهذا لو اوصى لاخوته وهم
متفرقون لاب وام ولاب ولام فالوصية لهم جميعا ولا يكون البعض اولى من
البعض لتناول الاسم اياهم على السواء فكذلك ههنا لتناول الاسم على السواء وجه
ظاهر الرواية ان المولى يذكر ويراد به المنعم وهو الذي اعتقه ويراد به المنعم عليه
وهو المعتق واللفظ الواحد اذا تناول افرادا مختلفة الحدود كان مشتركا كاسم
القرء ولا عموم للمشترك في موضع الاثبات ولا ترجيح للبعض على البعض فبقي مجهول
المراد لا يدري ان المراد ايهما وليس كذلك الاخوة لان الاسم يقع على معنى واحد وهو
الانتساب الى احد الابوين فامكن حمل اللفظ على الجميع وكذلك القرابة لانه اسم للقرب
وذلك يعم ولا يلزم على ما ذكرناه اذا كان له معتق وموالي موالاة لان اطلاق
الاسم يختص بالعتاقة ومولى الموالاة يتناوله الاسم بالتقييد فيقال مولى موالاة
فوجب حمل اللفظ على الاطلاق ولا يقال ان اسم المولى يتناول المعتق والناصر
وابن العم ومع هذا لو اوصى لمواليه وله بنو عم جازت الوصية للمعتق وذلك لان
المولى اذا اضيف الى الانسان اقتضى الولاء دون النصرة والعمومة ومن حكم اللفظ
ان يحمل على الاطلاق ولا يلزم على هذا اذا حلف لا يكلم موالي فلان انه يحمل على الا على
والاسفل لانه نفي وللمشترك عموم في موضع النفي ووجه ما روي عن ابي يوسف
ان الوصية جائزة والثلث للمولى لان التعارض قد تحقق وترجحت جنبة المعتق
المنعم على المعتق المنعم عليه لان الوصية له شكر النعمة وهو واجب والوصية للمعتق

المنعم عليه زيادة انعام وتربية للصنيعة وهذا ليس بواجب بل هو من مكارم الاخلاق
وهو مندوب اليه ولا خفاء في علو رتبة الواجب على المندوب اليه ولذا لا يظن
بالعاقل الاشتغال بالمندوب اليه والاعراض عن الواجب لاستحقاقه اللائمة
والعتب على ترك الواجب دون ترك المندوب اليه فانصرف مطلق كلامه الى هذا
ووجه الرواية التي قال فيها ان الوصية تصح وتصرف الثلث الى الموالي
الاسفلين ان المتعارف بين الناس انهم يهتمون بمعتقهم ويقومون بمصالحه
ويسعون فيه نظام اموره وصلاح اسباب معيشته لا يوجد شيء من ذلك في حق من
اعتقهم لكون المولى الاعلى موسرا او لكون الاسفل فقيرا معسرا في الاعم الاغلب فينصرف
مطلق الامر الى ما هو المتعارف اذ الظاهر هو خصوصا حالة الموت فان الناس
يشتغلون في هذه الحالة بما هو قربة ليكون ذخيرة لهم في الآخرة ويتبادرون
الى ما فيه فكاك رقبتهم وذلك في الابتداء الى الفقير الذي خلص عن ذل العبودية
ولا مال له يتعيش به ولا عدة لا في الاصطناع بمكان من له من الاموال الفاضلة
عن الحاجة ما صرف الى اعتاق عبده فكان الراجح الظاهر هذا والعمل به واجب والمصير
الى اثبات التعارض والغاء التصرف مع امكان الترجيح ليس بسديد وجواب عن
الكلامين ان كل واحد من الامرين مقصود ولا وقوف لاحد من العباد على ما في قلب
غيره من المقصود والمراد وكان الاحتياط في التوقف عند التردد لا القطع على ما
لا يتيقن تحققه والقول بحدوث الملك مع الشك والتردد في ثبوت السبب مخالف
للاصول ووجه رواية هشام ان بطلان الوصية قبل الاصطلاح لمكان
الجهالة اذ لا يدري من المستحق للثلث فقد زالت الجهالة بالاصطلاح لان بعضه يصل
الى المستحق وبعضه الى غير المستحق برضا المستحق فتصح الوصية كالاقرار فقال لاحد
الرجلين على الف درهم كان الاقرار فاسدا للجهالة ثم اذا اصطلحا انقلب الاقرار جائزا

فكذا جوابه ان الايصاء ابتداء تمليك فلا يصح التمليك من المجهول بل يلغو فلا يصير
ملكا لاحد الفريقين فيبقى المال على ملك الموصي وانتقل بموته الى ورثته فلا يكون
للموالي عليه سبيل وان اصطلحوا بخلاف الاقرار فانه ليس بابتداء تمليك بل هو اخبار
عن كونه ملكا للمقر له وكان من زعم المقر انه ملك احدهما وليس بملك لي
فاذا اصطلحا كان فيه وصول الحق الى المالك والى غير المالك باذنه فيؤمر
بالتسليم اليهما قوله ويدخل في هذه الوصية من اعتقه في الصحة والمرض
ولا يدخل مدبروه وامهات اولاده اي يدخل فيما اذا اوصى لمواليه المعتق
في الصحة والمرض جميعا قال في الجامع الكبير ولا يدخل مدبروه وامهات
اولاده لانهم مواليه بعد الموت لانهم يعتقون بعد الموت والوصية تناو لت
من كان له مولى عند موته ولا ولاء لهم في الحال ولا وقت الموت الذي هو
اوان عمل الوصية وانما يثبت بعد الموت فانه يثبت الموت ثم العتق ثم
الولاء والوصية تناولت الولي وقت الموت وقال الشيخ ابو المعين
النسفي في شرح الجامع روي عن ابي يوسف انهم يدخلون تحت الوصية لانهم من
جملة مواليه حيث وجد سبب استحقاق الولاء على اللزوم وهو التدبير
والاستيلاد قوله ويدخل فيه عبد قال له مولاه ان لم اضربك
فانت حر اي يدخل في الايصاء لمواليه قال في الجامع الكبير ولو كان
قال لعبد له ان لم اضربك فانت حر فمات قبل ان يضربه عتق بموته ودخل في
الوصية لانه من مواليه لانه يعتق في آخر جزء من اجزاء حيوته لتحقق عدم
الضرب منه في تلك الحالة ووقوع اليأس من حصوله فيصير مولى ثم يتعقبه
الموت ثم تنفذ الوصية فيكون مولى له وقت نفوذ الوصية ووجوبها قوله
ولو كان له موالي واولاد موالي وموالي الموالاة يدخل فيها معتقوه واولادهم

دون موالي الموالاة وهذه مسئلة الجامع ايضا قال الكرخي في
مختصره قال ابو يوسف ولو كان الموصي من العرب وله موالي عتاقة وموالي
اسلموا على يديه ووالوه فهم في الوصية شركاء وذلك لتناول الاسم اياهم
على السواء ثم انما جازت هذه الوصية لان الموصى له معلوم لان الموصي
ليس له الا الموالي الاسفلون بخلاف المسئلة الاولى وانما دخلت اولاد الموالي في
الوصية لانهم مواليه ايضا بطريق الحقيقة لان ولاء اباىهم ثبت باعتاق الموصي
اياهم فكانوا مواليه حقيقة وولاء اولاد الموالي ثبت ايضا بعين ذلك
الاعتاق لا بسبب آخر فكانوا مواليه ايضا حقيقة ولهذا لا يجوز نفي ولاء
اولاد الموالي عنه ولا يصح ان يقال ليس هؤلاء بموالٍ له كما لا يجوز ان ينفي ولاء
معتقه بخلاف ما اذا اوصى لبني فلان او لاولاده ولفلان بنون واولاد حيث
تكون الوصية لهم دون اولادهم لانهم اولاده بطريق المجاز ولهذا يصح النفي
بان يقال ليس هؤلاء ولده وانما هؤلاء ولد ولده وقال العتابي في شرح
الجامع ولو كان له موالي اعتقهم وموالي الموالاة فالقياس هو الاستواء لانه
باشر سبب ولاء الكل وفي الاستحسان موالي العتاقة اولى لانه اقوى [illegible]
قال وحكي عن ابي الحسن الكرخي ان الوصية باطلة لان الاسم يتناول
كل فريق بطريق الحقيقة فلا يصح لمكان الجهالة قوله والاعتاق [illegible]
فكان الاسم له احق هذا جواب اشكال مقدر بان يقال لما كان الجهة
مختلفة في المعتقين وموالي الموالاة في احدهما الانعام وفي الآخر عقد الالتزام
كان ينبغي ان تبطل الوصية فاجاب عنه بذلك يعني انما تبطل الوصية
اذا لم يوجد الترجيح لاحدى الجهتين وقد وجد لان الاعتاق لازم لا يحتمل الفسخ
وولاء الموالاة يحتمل الفسخ فكان اسم المولى للمعتق احق من مولى الموالاة

قوله ولا يدخل فيهم موالي الموالي اي لا يدخل موالي الموالي في الوصية
للموالي لان موالي الموالي ليسوا بموالي الموصي حقيقة لان مولاه حقيقة هو الذي
باشر اعتاقه وانما اضيفوا اليه بطريق التسبب مجازا لانه باشر سبب ما هو سبب
ولايتهم وهو اعتاقه للموالي الاولين ولهذا يصح نفي الاسم عنهم بان يقال
هؤلاء ليسوا بمواليه وانما هم موالي مواليه واللفظ اذا عمل بحقيقته لا ينصرف
الى المجاز قوله بخلاف ما اذا لم يكن له موالي ولا اولاد الموالي يعني
اذا لم يكن للموصي موالي اعتقهم ولا اولادهم تكون الوصية لموالي الموالي وذ لك
لانه لما تعذر العمل بحقيقة اللفظ عمل بمجازه صيانة عن الالغاء كما اذا اوصى لبني
فلان لا ينصرف الى بني بنيه حال وجود بنيه وينصرف اليهم حال عدمهم
كما مر هنا قوله ولو كان له معتق واحد وموالي الموالي فالنصف
لمعتقه والباقي قال العتابي في شرح الجامع فان كان من مواليه او
من اولادهم اثنان استحقا جميع الثلث لان الاثنين جمع في باب الوصية كما
في الميراث وان كان واحدا فله نصف الثلث لانه نصف ادنى الجمع والنصف الآخر
الى ورثة الموصي لا الى موالي الموالي لتعذر الجمع بين الحقيقة والمجاز فان
لم يكن احد من الموالي ولا من اولادهم فحينئذ ينصرف الى موالي الموالي
قوله ولا يدخل فيه موالي قد اعتقهم ابنه قال في الجامع الكبير ولو
ان رجلا اوصى بثلث ماله لمواليه وليس له موالي اعتقهم ولا موالي مواليه وانما
له موالي ابيه او موالي ابنه لا يكون له من الوصية شيء وذلك لان موالي الاب او
الابن لا ينسبون اليه لا بطريق الحقيقة ولا بطريق المجاز لانه لم يباشر ولاءهم
ولا سببه [illegible] فانه لم يعتق من اعتقهم فلم يكونوا موالي له لا حقيقة ولا مجازا
[illegible] اللفظ وانما قام الرجل مقام الاب او الابن في ولائهم بطريق التعصيب لا

باعتبار انه اعتقهم قال الشيخ ابو المعين النسفي في شرح الجامع الا ان ينص
على ذلك في الوصية فيصح لانه لما نص عليه فقد سماه باسمه الخاص فينصرف الوصية
اليه باسمه لا باسم الموالي قوله بخلاف معتق البعض يرتبط بقوله ولا يدخل
فيه موال قد اعتقهم ابنه يعني ان معتق البعض يدخل تحت الوصية للموالي لانه مولاه
حقيقة بخلاف موالي الابن لانهم ليسوا مواليه اصلا ولكن ينبغي ان يكون هذا
على مذهبهما لان معتق البعض عند ابي حنيفة كالمكاتب والمكاتب لا يدخل تحت
الوصية للموالي فكذا معتق البعض نعم هذا غير بعضهم لفظ الكتاب وقال
بخلاف معتق المعتق يعني ان معتق المعتق يدخل تحت الوصية للموالي اذا لم يكن
الموالي ولا اولاد لهم لان ولاء معتق المعتق ينسب الى الموصي مجازا بخلاف معتق
الابن فانه لا ينسب اليه لا حقيقة ولا مجازا والله اعلم ٥

باب الوصية بالسكنى والخدمة والثمرة

لما فرغ عن بيان احكام الوصايا التي تتعلق بالاعيان شرع في بيان احكام الوصايا
التي تتعلق بالمنافع وهي الاعراض واخرها عن الاعيان لان الاعيان هي الاصل لكون
العين قائمة بذاتها دون العرض قوله قال وتجوز الوصية بخدمة
عبده وسكنى داره سنين معلومة وتجوز بذلك ابدا اي قال القدوري في
مختصره وقال الحاكم الشهيد في مختصر الكافي والوصية بخدمة العبد
او غلته او سكنى الدار وغلتها تجوز عندنا وعلى قول ابن ابي ليلى لا تجوز شيء
من ذلك موقتا ولا غير موقت وجه قوله ان الموصى له يملك الوصية بايجاب
الموصي ولا ملك للموصي فيما تحدث بعد موته من الخدمة والغلة فلا تصح وصيته الا
ترى انه لو اعار في حال الحيوة او آجره ثم مات قبل مضي المدة بطلت العارية
والاجارة فالذي لم يصح في حال الحيوة اولى ان لا يجوز بعد الموت ولنا ان المنافع

يصح تمليكها في حال الحيوة ببدل وبغير بدل دفعا للحاجة فكذا يصح تمليكها بعد
الموت للحاجة لان الموت لا ينافي الحاجة بل يحققها فيكون العين باقيا على ملكه
موقوفا على حاجته مشغولا بتصرفه في الثلث فتحدث المنفعة اذن على ملكه لا على
ملك الورثة فتجوز الوصية بها لانه اوصى بما يملكه لا بما لا يملكه ولهذا كان
له منع الرقبة عن الورثة اذا كان تخرج من الثلث فكذا له ان يمنع المنفعة عنهم ايضا
ولان هذه وصية لها نظير من العقود لانه لو اعاره او آجره في حال الحيوة
جاز بالاتفاق فكذلك اذا اوصى بعد الوفاة لان العقود بعد الوفاة ايسر من
العقد في حال الحيوة الا ترى ان الوصية لا تبطلها الجهالة وتجوز في
مال لم يكتسب بعد فثبت ان الوصية بعد الوفاة ايسر من حال الحيوة فلما جاز حال
ان يجعل الخدمة لغيره في حال الحيوة فبعد الوفاة اولى واذا جازت الوصية
بالمنافع جازت موقتة ومؤبدة كالعارية فانها تمليك المنفعة على اصلنا
خلافا للشافعي فانها عنده اباحة المنافع والوصية تخالف الميراث حيث
لا يجري الميراث في المنفعة وهي الخدمة دون الرقبة لان الوراثة خلافة وتفسيرها
ان يقوم الوارث مقام المورث فيما كان ملكا للمورث وهذا لا يتصور الا
فيما يبقى وقتين والمنفعة عرض لا يبقى وقتين فاما الوصية فهي ايجاب ملك بالعقد
بمنزلة الاجارة والاعارة ثم لما جازت الوصية بالمنفعة جازت الوصية بالغلة
ايضا لانها بدل المنفعة فاخذ البدل حكم المنفعة في الجواز لان المعنى وهو الحاجة
يشمل المنفعة والغلة جميعا والجواب عن قول ابن ابي ليلى فنقول لا نسلم
ان الورثة ملكوا العين مطلقا بل ملكوها مشغولة بالخدمة الا ترى
انه لو جعل الرقبة للموصى له وهي تخرج من الثلث جاز ولم يرثوها فكذا اذا جعل
المنفعة للموصى له جاز ولم يرثوها وانما ورثوا عبدا مشغولا بالخدمة وليس

الوصية كالاعارة والاجارة في حالة الحيوة حيث تبطلان بالموت الا ترى ان الوكيل يبطل وكالته بموت الموكل ولو جعله وكيلا بعد وفاته جازت ويصير وصيا

قوله قال فان خرجت رقبة العبد من الثلث يسلم اليه ليخدمه اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كان لا مال له غيره خدم الورثة يومين والموصى له يوما وهذا اذا اوصى بخدمة العبد مؤبدا فاما اذا اوصى بخدمته موقتا مثل ما اذا اوصى بخدمة عبده سنة مثلا يخدم الورثة يومين والموصى له يوما الى ثلث سنين لان العبد لما لم يخرج من الثلث حيث لم يملك مالا غيره لا يجوز ان تنفذ الوصية في جميع المال ولا سبيل الى قسمة العبد ذاتا لانه لا يمكن قسمته اجزاء لا تتاتى فلا بد من المهاياة في الخدمة اي المناوبة فيها من حيث الزمان فيخدم الورثة والموصى له اثلاثا لان الموصى له شريك الوارث فلا يسلم له شيء الا ويسلم للورثة مثلاه فيخدم كذلك الى ان يمضي ثلث سنين فاذا مضت ثلث سنين فقد سلمت له خدمة سنة واحدة وهذا بخلاف ما اذا اوصى بسكنى داره سنة ولا مال له غيرها فانه يسكن ثلثها سنة ويسكن الورثة الثلثين لان الدار يمكن قسمتها بالاجزاء وهذا النوع من القسمة اقرب الى المعادلة لانه تحصل التسوية بين الورثة والموصى له زمانا وذاتا وفي المهاياة يلزم تقدم احدهما زمانا على الاخر فلا يصار اليها الا عند تعذر القسمة بالاجزاء ولكن مع هذا لو تهايوا على القسمة من حيث الزمان جاز ايضا لان المعادلة في الزمان حقهم فاذا اسقطوها جاز بخلاف ما اذا اوصى بغلة عبده سنة وليس له مال غيره كان له ثلث غلة تلك السنة لان الغلة عين مال يحتمل القسمة وانما تنفذ الوصية في مقدار الثلث من الغلة في سنة واحدة بخلاف الخدمة فانها لا تحتمل القسمة بالاجزاء لانها تحدث وقتا بعد وقت ولا تجتمع في وقت واحد فللموصى له ان يستوفي الخدمة بطريق

المهاياة الى ان يكون ما يستوفيه خدمة سنة كاملة وكذلك ان اوصى له بغلة داره فهذا وغلة العبد سواء لان الغلة في الموضعين جميعا تحتمل القسمة فلا يسلم للموصى له الا ثلث الغلة في سنة واحدة واورد الفقيه ابو الليث السمرقندي في كتاب نكت الوصايا سؤالا وجوابا فقال فان قيل اذا مضت سنة واحدة لم لا يقال ان وصيته سلمت وانقضت لان الوصية في ثلث العبد جائزة وفي الثلثين لا يجوز فاذا خدم له العبد كله في تلك السنة فقد سلم له خدمة ثلث العبد سنة كاملة كما انه اذا اوصى له بغلة العبد لا يكون له الا غلة ثلث السنة فيستغل العبد سنة فيكون ثلث ذلك للموصى له وليس له غير ذلك فلم لا يكون الخدمة هكذا والجواب ان يقال ان هاهنا يحتاج الى المهاياة ففي اليوم الذي يخدم الموصى له يكون ثلثا العبد عنده على سبيل العارية لانه لو لم يجعل عارية لصار شبيها بالشغار لانه يستخدم الثلثين على ان يستخدم الورثة نصيبه وهذا لا يجوز فاذا كان يؤدي الى هذا يكون ثلثا العبد في اليوم الذي يخدمه على وجه العارية والثلث عند الورثة في اليومين عارية ايضا فاذا كان هكذا ففي ثلث سنين لم يستخدم الا ثلث العبد فاذا استخدم تمام السنة فقد استخدم ثلث العبد بالوصية والثلثين على وجه العارية

قال في شرح الطحاوي ولو ان رجلا اوصى بخدمة عبده لفلان سنة فانه ينظر ان كان العبد يخرج من الثلث فانه يخدم الموصى له سنة كاملة ويكون بعد ذلك للورثة وان كان العبد لا يخرج من الثلث يخدم له يوما وللورثة يومين فيستوفي الموصى له خدمة السنة في ثلث سنين ولو اوصى بخدمة عبده سنة معينة او شهرا شوالا او ذا القعدة فان كان يخرج من الثلث خدمه ذلك الشهر فاذا مضى هذا الشهر او تلك السنة وان كان لا يخرج من الثلث يخدم الورثة يومين وللموصى له يوما فاذا مضى هذا الشهر على هذا يحصل له الخدمة ثلث الشهر او ثلث السنة وبطلت الوصية

بعد ذلك لان وصيته في ذلك الشهر لا غير قوله الا ان الاول وهو
قسمة الدار بالاجزاء قوله وليس للورثة ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي
الدار وقال شمس الائمة السرخسي رحمه الله في شرح الكافي ليس للورثة
ان يبيعوا ما في ايديهم من ثلثي الدار الا في رواية عن ابي يوسف هو يقول ان
ذلك حقهم على الخلوص فينفذ بيعهم فيه ولكنا نقول حق الموصى له بالسكنى ثابت
في سكنى جميعها بدليل انه لو ظهر للميت مال آخر يخرج الدار من ثلثه كان هو
احق بسكنى جميعها ولو خرب ما في يده من الدار كان له ان يزاحم الورثة فيما في
ايديهم وفي البيع ابطال حقه فكانوا ممنوعين من ذلك قوله قال فان كان
مات الموصى له بعد موت الموصي عاد الموصى به وهو خدمة العبد وغلته وسكنى الدار
وغلتها الى ورثة الموصي لا الى ورثة الموصى له لان الموصي اوجب الحق للموصى له ليستوفي
المنافع من الخدمة والسكنى والغلة على حكم ملك الموصي فلو انتقلت الى ورثة الموصى له
استحقها الوارث ابتداء من ملك الموصي بلا رضاه ولم يوص لوارث الموصى له بشيء
من ذلك فلا يجوز قوله ولو مات الموصى له في حال حيوة الموصي بطلت
الوصية وهذا لفظ القدوري في مختصره وذلك لان ايجاب الوصية
يكون بعد الموت لانه متعلق بوجود الموت فاذا مات الموصى له لم يصح الايجاب
كما لا يصح ايجاب البايع للمشتري بعد موته قوله على ما بيناه اشارة
الى ما ذكره في فصل اعتبار حالة الوصية في الفرق بين الاقرار لاجنبية ثم تزوجها
ثم مات حيث جاز دون الوصية والهبة لها فان ذلك باطل بقوله بخلاف الوصية
لانها ايجاب عند الموت ويجوز ان يكون اشارة الى ما ذكره في اوايل كتاب الوصايا
بقوله لان اوان ثبوت حكمه بعد الموت لتعلقه به فلا يعتبر قبله قوله
ولو اوصى بغلة عبده او داره فاستخدمه بنفسه او سكنها بنفسه قيل يجوز ذلك وهو

المسألة مع ما بعدها الى قوله قال ومن اوصى لآخر بثمرة بستانه ذكرت تفريعا
على مسألة المختصر قال الامام الاسبيجابي رحمه الله في شرح الطحاوي واذا
اوصى بغلة عبده لرجل فاراد الموصى له بالغلة ان يستخدمه بنفسه لم يذكرها في
ظاهر الرواية واختلف المشايخ فيه قال بعضهم له ان يستخدمه بنفسه وقال
بعضهم ليس له ذلك لان الموصي اوصى له بالغلة لا بالخدمة وقال الفقيه
ابو الليث في كتاب نكت الوصايا فلو كان اوصى له بغلة الدار فاراد ان يسكن
هو بنفسه فان هذا الفصل لم يذكر عن اصحابنا المتقدمين واختلف المتأخرون
فيه ذكر عن ابي بكر الاسكاف انه قال له ذلك وكان ابو بكر بن
سعيد يقول ليس له ذلك اما من قال له ذلك لان غيره يسكن له ولا
فاذا سكن هو بنفسه جاز ايضا واما من قال ليس له ذلك لان في ذلك
ضررا على الميت لانه لو آجره واخذ الغلة فلو ظهر على الميت دين يقضى الدين من تلك
الغلة ولو سكن هو بنفسه لا يمكن ان يقضى من السكنى قوله وليس للموصى له
بالخدمة والسكنى ان يؤاجر العبد او الدار قال شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي وليس للموصى له بسكنى الدار وخدمة العبد ان يؤاجرهما عندنا
وقال الشافعي له ذلك لانه تملك المنفعة بعقد مضاف الى ما بعد الموت
كتملك المنفعة في حالة الحيوة ولو تملك المنفعة بالاستيجار في حالة الحيوة ملك
الاجارة من غيره فكذلك اذا تملك المنفعة بالوصية بعد الموت وهذا لان
المنفعة معتبرة بالعين وفي العين يصح الاعتياض عنه سواء تملك العين ببدل او بغير بدل
فكذلك يصح الاعتياض عن المنفعة اذا تملكها بخلاف العارية حيث لا يملك المستعير
الاجارة عنده لكون الاعارة في حكم الاباحة لا في حكم التمليك ولان الاعارة ليست
بلازمة والوصية بالمنفعة لازمة كالوصية بالعين ولنا ان الموصى له بعد

تملك العين بغير عوض فلا تملك تمليكها من الغير بعوض كالمستعير انها تنعقد بلفظ
التمليك ولهذا لو قال ملكتك منفعة هذه الدار كانت عارية صحيحة تحقيقه
ان التمليك اذا وقع بعوض كان لازما حتى لا ينفسخ الا بعذر واذا وقع بغير عوض
كان غير لازم وكذلك العارية ايضا ليست بلازمة لكونها متعرية عن العوض فاذا
كانت الوصية غير لازمة لا يصح اجارتها لان الاجارة بكونها لازمة اقوى من
الوصية فلا يملك الاقوى بالاضعف لان الشيء لا يتضمن ما هو فوقه وانما لم يصح الرجوع
بعد موت الموصي لانه لا يتصور رجوعه بعد موته ولان المنفعة ليست بمال
على اصلنا ولهذا قلنا ان منافع المغصوب ليست مضمونة لان المالية لا تسبق
الوجود وبعد الوجود لا تسبق الاحراز كالصيد والمنافع تتلاشى كما وجدت فلا تثبت
المنافع في المالية حقيقة وفي تمليكها بالمال يلزم احداث صفة المالية في المنافع لتحقيق
المساواة في عقد المعاوضة فلا تثبت هذه الولاية اعني ولاية احداث صفة
المالية في المنافع الا لمن تملك المنافع تبعا في ضمن ملك الرقبة او لمن تملك المنافع بعقد
المعاوضة كالاجارة فانه يجوز للمستاجر ان يواجر العين ويملك منفعتها من غيره
اذا كانت العين مما لا تختلف باختلاف المستعمل حيث يكون مملكا للمنفعة بالصفة
التي ملكها فاما من تملك المنافع بغير عوض مقصودة اصلا لا في ضمن شيء آخر فلم يثبت
فيها معنى المالية بسبيل التبعية كما في الوصية لا يجوز ان يملكها بعوض بالاجارة
لانه يكون مملكا اكثر مما ملكه معنى فافهم قوله وليس للموصى له ان يخرج
العبد من الكوفة الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فيخرج الى اهله للخدمة
هنالك اذا كان يخرج من الثلث يعني اذا اوصى رجل من اهل الكوفة بخدمة
عبده لزيد مثلا فليس لزيد ان يخرج العبد من الكوفة الى موضع آخر ليستخدمه فيه
الا ان يكون الموصى له واهله في غير الكوفة فحينئذ يكون له ان يخرجه لان تنفيذ
الوصية على حسب ما يعرف من مقصود الموصي فاذا كان الموصى له واهله في مصر
الموصي فمقصود الموصي ان يخدمه العبد في المصر بدون ان يلزمه مشقة السفر واذا
كانوا في غير مصر الموصي فمقصوده ان يحمل العبد الى اهله ليخدمه عندهم وهذا هو
المعلوم بدلالة الحال فلو انه شرط ان يخدمه عند اهله بالافصاح كان للموصى له
ان يخرجه الى اهله فكذا اذا علم عند اهله بالدلالة لان الثابت بالدلالة كالثابت صريحا
قوله كانوا في مصره اي كان الموصى له واهله في مصر الموصي قوله في
غير مصره الضمير راجع الى الموصي ايضا قوله ولو اوصى بغلة عبده او بغلة
داره يجوز ايضا اي كما تجوز الوصية بخدمة العبد وسكنى الدار تجوز الوصية
بغلة العبد وغلة الدار وذلك لان الغلة بدل المنفعة فلما جاز الوصية بالمنفعة
جاز الوصية ببدلها ايضا فاذا اوصى بغلة العبد سنة ولم يكن له مال غيره يستغل
العبد سنة ثم يقسم اثلاثا لان الغلة تحتمل القسمة لانها عين اما دراهم او دنانير
وليس كالخدمة لان الخدمة لا يمكن جمعها لانها تحدث وقتا بعد وقت ولا تجتمع
في وقت واحد فلما لم يمكن قسمتها بالاجزاء لم يكن بد من المهاياة فيخدم للورثة
يومين وللموصى له يوما فاما الغلة فيمكن جمعها وقسمتها بالاجزاء فكان للموصى له ثلث
غلة تلك السنة قوله فكان بالجواز اولى اي كان الايصاء بالغلة اقرب
الى الجواز من الايصاء بالخدمة لان الخدمة منفعة محضة وليست فيها شائبة العينية
ولهذا لم يجز ذلك على قول ابن ابي ليلى فاذا جاز الايصاء بالخدمة جاز الايصاء
بالغلة بالطريق الاولى لانها عبارة عن مال عين وهي الدراهم او الدنانير قوله
فلو اراد الموصى له قسمة الدار بينه وبين الورثة ليكون هو الذي يستغل ثلثها لم يكن
له ذلك الا في رواية عن ابي يوسف ذكره شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
وجه ذلك ان الموصى له بمنزلة الشريك فيما يجب تنفيذ الوصية فيه فكما ان

الشريك ان يطالب صاحبه بالقسمة ليكون هو الذي يشتغل بنفسه كان للموصى له
ذلك ونحن نقول القسمة تبتني على حق الموصى له لانه ليس له ان يطالب
القسمة فيما ليس له فيه حق ولا حق للموصى له في عين الدار وانما حقه في الغلة
نفسها فكان حقه في قسمة الغلة لا في قسمة الدار لانه لا حق له في عين الدار قوله
ولو اوصى له بخدمة عبده ولآخر برقبته وهو يخرج من الثلث فالرقبة لصاحب
الرقبة والخدمة عليها اي على رقبة العبد وفي نسخ شرح الكافي والخدمة
كلها وذلك لان الموصي اوجب لكل واحد من الموصى لهما شيئا معلوما وخص كل
واحد منهما بشيء لاحدهما الخدمة وللآخر الرقبة فيكون لكل واحد منهما ما اوصى له
لانه ميز وصيتهما بعطف احدى الوصيتين على الاخرى بقوله اوصيت لهذا بخدمته
ولهذا برقبته لا تتحقق المشاركة فتعتبر هذه الحالة اعني ما اذا اوصى بخدمة ورقبة
بحالة الانفراد وهي ما اذا اوصى بخدمة دون رقبة بان اوصى بخدمة العبد لانسان
ولم يوص برقبته تكون الخدمة للموصى له والرقبة للورثة فكذلك اذا اوصى برقبته لانسان
آخر تكون الرقبة للموصى له بالرقبة خاصة لان الوصية اخت الميراث من حيث
ان في كل واحد منهما يثبت الملك بعد الموت قوله ولها نظائر اي ولهذه
المسألة نظائر وهي ما اذا اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لآخر وهي تخرج من الثلث او اوصى
لرجل بخاتم ولآخر بفصه او قال هذه القوصرة لفلان وما فيها من التمر لفلان كان كما
اوصى سواء كان الكلام متصلا او مقطوعا عند ابي يوسف وفي قول محمد الجواب في خدمة
العبد كذلك واما في الجارية والخاتم تكون الجارية والخاتم للذي اوصى والولد بين
الموصى له بالجارية وبين الموصى له بالولد نصفين وكذلك الفص والقوصرة والاختلاف
ذكر في شروح الزيادات ولم يذكره فخر الاسلام في شرح زياداته ولا في زياداته
لان ابا يوسف لم يثبت خلافه في ظاهر الرواية وانما علم خلافه من رواية الاملاء

كذا ذكره الكرخي في مختصره وجه قول ابي يوسف ان مراده بالايجاب الاول
ايجاب الامة وحدها دون ولدها للموصى له بالامة بدليل الايجاب الثاني وان كان
الكلام مفصولا لان الوصية لا توجب شيئا في حالة حيوة الموصي عليه فكان
الكلام المتصل والمفصول سواء في كونه بيانا كما في الوصية بالرقبة والخدمة فان
ثمة المتصل والمنفصل سواء وجه قول محمد ان اسم الخاتم يتناول الحلقة والفص
جميعا واسم الجارية يتناولها وما في بطنها واسم القوصرة كذلك ومن اصلنا
ان العام يوجب الحكم كالخاص فقد اجتمع اذن في الفص وصيتان فيكون بينهما ولا
يكون ايجاب الوصية للثاني رجوعا عن الاول بل يكون بينهما فكذا هذا بخلاف
الخدمة مع الرقبة بان اوصى برقبة العبد لانسان وبخدمته لآخر يكون ذلك كما
اوصى ولا تكون الخدمة مشتركة بينهما لان اسم الرقبة لا يتناول الخدمة ولكن
انما يستخدمه الموصى له بالرقبة لان المنفعة تحدث على ملكه ولا حق للغير فيه فاذا
اوصى بالخدمة لغيره لا يبقى للموصى له بالرقبة حق في الخدمة فكان الموصى له احق بالخدمة
فكذلك اذا كان الكلام موصولا لانه بمنزلة دليل التخصيص والاستثناء وذلك
بيان مغير فيصح بشرط الوصل فكان الحلقة لصاحب الخاتم والفص لصاحبه واورد
الفقيه ابو الليث سؤالا وجوابا في كتاب نكت الوصايا فقال فان قيل الذي
اوصى له بالخاتم فقد اوصى له بالفص ايضا لان الفص من الخاتم فلم لا يكون الفص بينهما نصفين
قيل له لان صاحب الفص وصيته بالفص مقصود اليه ووصية الآخر على وجه
التبع فصار وصية صاحب الفص اقوى لانه مقصود اليه فوجب ان يكون هو اولى لان
في الوصايا يعتبر الاقوى فالاقوى ولهذا كان العتق الموقع في المرض اقوى من سائر
الوصايا وقال الفقيه ابو الليث في بيان قول محمد كل شيء لا يحتمل الاستثناء
يكون التابع للذي اوصى وكل شيء يحتمل الاستثناء يكون التابع بينهما نصفين والخدمة لا

يحتمل الاستثناء لانه لو قال اوصيت بهذا العبد لفلان الا خدمته كانت الوصية
جايزة والاستثناء باطلا وفي الخاتم والجارية جاز الاستثناء لانه لو قال اوصيت
بهذه الجارية الا ما في بطنها او بهذا الخاتم الا فصه جاز الاستثناء فاذا كان
الاصل هذا فاذا اوصى بالعبد لرجل فلو اراد استثناء الخدمة لا يجوز وانما يملك الخدمة
من يملك رقبته فلما اوصى بالخدمة لاخر لم يوجد في الخدمة الا وصية واحدة فوجب
ان تكون الخدمة كلها لصاحب الخدمة واما الجارية لما اوصى لرجل فلو استثنى ما
في بطنها جاز الاستثناء فلما لم يستثن صار كانه اوصى له بالجارية وبما في بطنها فلما
اوصى بما في بطنها للاخر فقد اجتمع فيما في البطن وصيتان فوجب ان يكون بينهما نصفين
وكذلك الخاتم لو استثنى الفص كان جايزا فلما لم يستثن صار كانه اوصى له
بالخاتم والفص فلما اوصى بالفص لاخر فقد اجتمع في الفص وصيتان فيصير الفص بينهما نصفين
قوله اوصى بامة لرجل وبما في بطنها لاخر قال الامام الاسبيجابي
في شرح الطحاوي اوصى بالجارية لانسان وبما في بطنها لاخر فانه يجوز الا اذا ولدت
لاكثر من ستة اشهر بعد موت الموصي او لستة اشهر فحينيذ لا يجوز الوصية في الولد وكان
يكون للموصى له بالجارية **قوله** اذا انفصل احد الانجاسين عن الاخر والمراد من
الفصل ان يكون الايجاب بعقدين وبه صرح الفقيه ابو الليث في كتاب نكت
الوصايا **قوله** وكذا في اخواتها اه اي اخوات مسئلة الوصية بالامة لرجل
وبما في بطنها لاخر واراد باخواتها مسئلة الخاتم مع الفص ومسئلة القوصرة مع التمر
ومسئلة الشاة مع الصوف ومسئلة الدار مع البناء ومسئلة السيف والحلية والبستان
والثمر مثل ذلك والارض والنخل مثل ذلك وكل شيء يشبه هذا مما يكون الاسم في الوصية
تاما فالوصية الثانية بمنزلة الاستثناء كذا قال الكرخي في مختصره وليس نظير وصية
العبد مع الخدمة في الاخوات وقد مر بيان ذلك **قوله** قال ومن اوصى لاخر

بثمرة بستانه ثم مات وفيه ثمرة فله هذه الثمرة وحدها وان قال له ثمرة بستاني
ابدا فله هذه الثمرة وثمرته فيما يستقبل ما عاش وان اوصى له بغلة بستانه فله الغلة
القايمة وغلته فيما يستقبل اي قال في الجامع الصغير والفرق بين الغلة
والثمرة في ان الغلة تتناول الموجود لا الحادث الا اذا ذكر الابد فحينيذ
يتناول الحادث ايضا هو ان اسم الغلة حقيقة للموجود والحادث جميعا لان
الغلة اسم لما يرد وقتا بعد وقت يقال غلة الدار وغلة الحانوت ويراد به ذلك
فعند الاطلاق ينصرف الى الموجود والحادث القايم وقت الموت والثمرة عند
الاطلاق تتناول الموجود ولا تتناول غيره الا بدليل فاذا قال ابدا او ما عاش علمنا
انه اراد به الموجود والحادث جميعا فينصرف اليهما وقال الفقيه ابو الليث
رحمه الله واذا اوصى بثمرة بستانه وفي البستان ثمرة وقت الموت فانما له الثمرة
الموجودة خاصة وليس هذا كالغلة اذا اوصى بغلة بستانه وفي البستان ثمرة فله
الغلة الموجودة وما تحدث لان الغلة اسم عام والثمرة اسم خاص لان اسم
الغلة يقع على الثمرة وعلى غيرها فمتى اخرج الكلام مخرج العموم انصرفت الى الموجود
وما تحدث واما اذا سمى الثمرة فان الثمرة اسم خاص فانصرفت الوصية الى
الثمر الحاضر وهو الثمر الموجود فان لم يكن في البستان ثمرة وقت الموت فان
القياس لا شيء له وفي الاستحسان له ثمرة البستان في المستانف ابدا اما
وجه القياس فان الثمر لما كان اسما خاصا لا يقع على المستانف الا ان يسمى واما
وجه الاستحسان لو لم يدخل فيه ثمرة البستان بطل كلام الموصي ولو دخل فيه صح كلا منه
والكلام اذا احتمل الصحة والفساد حمل على الصحة كما قالوا فيمن اوصى لولد فلان وليس
له ولد جازت الوصية لولد ولده فكذلك هنا **قوله** قال ومن اوصى لرجل بصوف
غنمه ابدا او باولادها او بلبنها ثم مات فله ما في بطونها من الولد وما في ضروعها من

اللبن وما على ظهورها من الصوف يوم يموت الموصي سوآء قال ابدا او لم يقل اي قال في
الجامع الصغير والفرق بين هذه المسئلة حيث لا يتناول الحادث وان ذكر
الابد وبين ما تقدم من الوصية بثمرة البستان اذا ذكر الابد يقع على الحادث ايضا
وكذا الوصية بالغلة تقع على الحادث ايضا ذكر الابد او لم يذكر هو ان القياس يابى
تمليك المعدوم من هذه الاشياء لان المعدوم لا يقبل التمليك والحادث منها
متولد من اصل مملوك للوارث فيكون له الا ان استحقاق الغلة المعدومة والثمرة
المعدومة جاز شرعا بعقدين العقود كالاجارة والمعاملة فجاز استحقاقهما
بالوصية ايضا لان باب الوصية اوسع من غيرها فاما الصوف المعدوم واللبن
والولد المعدوم فلا يصح استحقاقها بعقد الوصية ايضا فاما الموجود من
هذه الاشياء يجوز استحقاقها بعقد البيع تبعا وبعقد الخلع مقصودا فجاز بعقد
الايصاء ايضا وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ولو اوصى بصوف
غنمه جازت الوصية اذا كان على ظهرها صوف وقت موت الموصي لانه يجري فيه
الميراث فكذلك تجوز فيه الوصية ولو اوصى بالصوف الذي يحدث بعد موته
فانه لا يجوز وليس الصوف واللبن بمنزلة الثمرة واللبن قال قال وهذا والغلة
في القياس سوآء ولكني استحسن وادع القياس فيه ثم قال الفقيه ولم يبين
جواب القياس كيف هو فاحتمل ان في القياس الغلة والصوف سوآء ان الوصية لا
تجوز فيما يحدث بعد موته واحتمل ان في القياس تجوز الوصية فيهما جميعا فاما
وجه القياس ان الوصية لا تجوز فيما يحدث بعد الموت في هذه الاشياء كلها
لانه لما مات صار ملكه لورثته فتحدث الغلة والصوف على ملك الورثة
فصارت الوصية في ملك غيره والوصية في ملك غيره باطل واما القياس
الذي يقول يجوز في ذلك كله لان الورثة قد ملكوا ذلك المال مشغولا لا يجوز

الوصية فلو انه جعل رقبة البستان او رقبة الغنم للموصى له جاز ذلك
اذا خرج من الثلث كذلك اذا اوصى بما تولد منه جاز ذلك واما في الاستحسان
يقال اذا اوصى بالثمرة او الغلة جازت الوصية فيما يحدث بعد موته ولا يجوز في
الصوف واللبن والولد الا ان يكون موجودا وقت الموت لان الوصية بالغلة
والثمرة لها نظير من العقود في الحيوة واما اللبن والصوف فلا نظير لهما من
العقود في الحيوة الا ترى ان المعاملة تجوز في الثمر الذي يحدث في البستان نف
ولا تجوز في الصوف واللبن والولد فكذلك الوصية والحاصل هنا ما
قاله الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي فقال واذا اوصى بغلة بستانه او بغلة
عبده فهذا على ثلثة اوجه في وجه الوصية تقع على الموجود ولا تقع على الحادث
سوآء ذكر الموصي لفظ الابد او لم يذكر وفي وجه تقع على الموجود والحادث جميعا
ذكر الابد او لم يذكر وفي وجه ان ذكر الابد يقع على الحادث والموجود جميعا
وان لم يذكر الابد ينظر ان كان الثمر موجودا يقتصر على ذلك الموجود وان لم
يكن موجودا يقع على المستحدث وصار هذا كما لو ذكر الابد اما الوجه
الاول فهو ان يوصي له بما في بطن دابته او بما في بطن جاريته او بما في ضرع غنمه
او بقرته او بما على ظهر غنمه من الصوف فهذا كله يقع على الموجود ان كان وقت
الموت موجودا جازت الوصية وان كان وقت الموت معدوما بطلت
الوصية ولا تقع على الحادث واما الوجه الذي يقع على الحادث والموجود
جميعا ذكر الابد او لم يذكر فهو كما لو اوصى بغلة بستانه او بغلة ارضه او بغلة شجره
او بغلة عبده او بسكنى داره او بخدمة عبده فهذا كله يقع على الحادث والموجود
جميعا ويقع ذلك على الابد وتكون الغلة والخدمة والسكنى للموصى له ما دام حيا
فاذا مات الموصى له لا يكون موروثا عنه وتبطل وصيته ويعود ذلك الى ورثة

الموصي ويعتبر ههنا خروج البستان وخروج الدار والعبد من الثلث فان كان يخرج
من الثلث كان له غلته وخدمته وسكناه وان كان لا يخرج فبقدر ما يخرج يكون
له غلته وخدمته واما الوجه الثالث فهو ما اذا اوصى بثمرة بستانه او بثمرة
ارضه ينظر ان ذكر لفظ الابد وقع على الحادث والموجود جميعا وان لم يذكر الابد
فان كان هناك ثمرة موجودة فانه يقتصر على تلك الثمرة الموجودة وان لم
يكن هناك ثمرة موجودة فالقياس ان تبطل كما ذكرنا في الصوف واللبن والولد
وفي الاستحسان تقع على الحادث ويصير كما لو ذكر الابد والموصى له ما دام
حيا فما يحدث من الثمار يكون له فاذا مات بطلت وصيته وعاد الى ورثة
الميت والثمار القايمة تكون موروثة عنه كذا في شرح الطحاوي قوله
واختاه اي اختا الولد المعدوم وهما الصوف المعدوم واللبن المعدوم والله اعلم

باب وصية الذمي

ذكر وصية الذمي بعد وصية المسلم لان الكفار ملحقون بالمسلمين في احكام
المعاملات بطريق التبعية قوله قال واذا صنع يهودي او نصراني بيعة
او كنيسة في صحته ثم مات فهو ميراث اي قال في الجامع الصغير وهذا قولهم
جميعا ولكن على الاختلاف في المذهبين اما عند ابي حنيفة فلان مثل الوقف
وقف ارضا في حيوته ثم مات صار ميراثا فكذلك هذا لان الوقف ليس بلازم
حالة الحيوة بخلاف ما اذا كان مضافا الى ما بعد الموت ولا يجعل هذا كما اذا جعل
داره مسجدا او سلمها الى المتولي حيث لا يكون ميراثا لان المسجد قد خرج من منافع
الادميين وصار محرزا لله تعالى واما البيعة فلم تخرج من منافعهم لانه يسكن فيها
اشياعهم ويدفن فيها موتاهم فصار ذلك كالوقف من المسلمين واما عندهما
فانما يورث لان الايصاء بما لا يكون قربة بين المسلمين لا يصح عندهما لانه

معصية فهذا اولى قوله قال ولو اوصى بذلك لقوم مسمين فهو من الثلث
اي قال في الجامع الصغير يعني اذا اوصى بان يبني داره بيعة او كنيسة فهو جائز من
الثلث وذلك لان الوصية لقوم باعيانهم تمليك والذمي يملك ذلك كما لو
اوصى بغير البيعة والكنيسة واذا صار ملكا لهم يصنعون به ما شاؤا قوله
على اعتبار المعنيين اي معنى الاستخلاف ومعنى التمليك قوله قال وان
اوصى بداره كنيسة لقوم غير مسمين جازت الوصية عند ابي حنيفة وقالا الوصية
باطلة اعلم ان الذمي اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة او بيت نار فان كانت
لقوم باعيانهم صحت بالاتفاق وقد مر بيانه انفا وان كانت لقوم بغير اعيانهم جازت
عند ابي حنيفة خلافا لهما لهما ان هذه وصية بالمعصية فلا يجوز تصحيحها
لان في تصحيحها تقرير المعصية وانه حرام ولابي حنيفة انا امرنا بتركهم
وما يدينون كما في الخمر والخنزير حيث يجوز بيعهم فيما بينهم لانهم يدينون جواز
ذلك وهم يدينون جواز الايصاء ببناء البيعة والكنيسة فيجوز ذلك بناء على
اعتقادهم الا ترى ان الشي الذي هو قربة يكون الايصاء به باطلا اذا لم
يكن ذلك قربة عندهم بناء على اعتقادهم كالايصاء بالحج والذي هو قربة عندهم
ومعصية عندنا ينبغي ان يجوز ايصا بناء على اعتقادهم كما في بيع الخمر والخنزير فيما
بينهم لان ذلك جائز في احكامهم فكذلك هذا ثم الفرق لابي حنيفة بين
بناء البيعة والكنيسة فان الذمي اذا بنى ذلك ثم مات يورث وبين الايصاء ببناء
ذلك فانه اذا مات لا يورث هو ان البناء ليس بسبب لزوال الملك وانما يزول
الملك بالبناء اذا كان محرزا لله تعالى كما في المسجد والكنيسة ليست بمحرزة لله تعالى
الا ترى ان اشياعهم ورهبانهم يسكنون فيها في الحجرات ويدفنون فيها
موتاهم والمسجد ايضا اذا لم يكن خالصا لله تعالى يورث كما اذا جعل داره مسجدا

وتحته سرداب اوفوقه بيت وقد مر ذلك في كتاب الوقف والوصية سبب لزوال
الملك لانها تمليك مضاف الى ما بعد الموت وانما امتنع ثبوت مقتضى الوصية
وهو زوال الملك بما ليس بقربة عندهم بناء على اعتقادهم فبقيت الوصية فيما هو
قربة عندهم على مقتضاها فزال ملكه بالايصاء ببناء البيعة او الكنيسة فلم
يكن ميراثا قال في الزيادات الزهانية قال مشايخنا هذا على قول
ابي حنيفة اذا اوصى ببناء بيعة او كنيسة في القرى اما اذا اوصى به في الامصار لا ينفذ
وصيته لانهم يمنعون عن احداث الكنائس في الامصار **قوله** لانه وضع
الى اخره الضمير البارز في لانه والمستتر في وضع والضمير البارز في مقتضاه
في الموضعين والمستتر في قوله فبقي كل ذلك راجع الى الوصية بتاويل الايصاء
قوله ثم الحاصل ان وصايا الذمي على اربعة اقسام قالوا في شرح
الجامع الصغير وصايا الذمي على اربعة اقسام الاول ان يوصي بما هو معصية
عندنا طاعة في حقهم كالوصية ببناء البيعة او الكنيسة او بيت نار وهي مسئلة
الجامع الصغير فان كانت لقوم باعيانهم صحت بالاجماع وان كانوا بغير اعيانهم
فالمسئلة على الاختلاف الذي ذكرناه فتجوز الوصية عند ابي حنيفة خلافا
لهما وقد مر بيان ذلك وجعل صاحب الهداية من هذا القسم ما اذا
اوصى بان يذبح الخنازير ويطعم المشركون والثاني ما اذا اوصى بما هو
طاعة عندنا معصية عندهم كالوصية ببناء المسجد للمسلمين والاسراج في المساجد والحج
فان كانت لقوم باعيانهم صحت ويكون تمليكا منهم وذكر الجهة اي جهة القربة
مشورة اشار بها اليهم فان شاؤا فعلوا وان شاؤا تركوا وان كانوا لا يحصون لا تصح
الوصية لانه لا يمكن تصحيحها تمليكا فتبطل لانها ليست بطاعة عندهم لانهم
لا يتقربون بمثل هذا فيما بينهم بل يعدون ذلك فيما بينهم استهزاء فوقعت وصيته

على سبيل الهزل والوصية يبطلها الهزل والثالث ما اذا اوصى بما هو قربة
عندنا وعندهم كالوصية بالصدقات وعتق الرقاب واسراج بيت المقدس وان يغزى
الترك والديلم تصح هذه الوصية سواء كانت لقوم باعيانهم او لقوم بغير اعيانهم
لان الديانة متفقة من الكل على ذلك لان هذا امر يتقرب به المسلمون واهل
الذمة جميعا والرابع ما اذا اوصى بما هو معصية عندنا وعندهم كالوصية
للمغنيات والنائحات والزانيات فان اوصى لقوم باعيانهم صحت فيكون تمليكا
منهم وان كانت لقوم لا يحصون بطلت لان التمليك من المجهول لا يصح ولا يمكن
تصحيحه قربة لانها معصية عند الكل **قوله** وصاحب الهوى اذا كان
لا يكفر فهو في حق الوصية بمنزلة المسلم ذكره تفريعا على مسئلة الجامع الصغير
قال فخر الاسلام في زياداته والذي يعتقد شيئا من الاهواء التي لا يكفر
اهلها اذا كان ينتحل الاسلام فانه مثل المسلم في الوصايا لظاهر الاسلام وهم
كالمنافقين على عهد النبي صلى الله عليه وسلم واما المرتد والمرتدة فانهما
كاهل الذمة عند ابي يوسف ومحمد وعند ابي حنيفة المرتد اذا لم يسلم بطل وصاياه
واما المرتدة فكالذمية عنده ايضا الا ان محمدا لم يحفظ النص عنه في موضع
الخلاف في هذا الفصل الى هنا لفظ فخر الاسلام وقال شمس الائمة الاوزجندي
في زياداته واما المرتد اذا اوصى فما يجوز من المسلم يجوز منه عندهما وعند
ابي حنيفة يتوقف ان اسلم نفذ كسائر تصرفاته واما ما لا يجوز من المسلم ويجوز
من الذمي فمنه باطل اما عندهما فلا يجوز من الذمي لكونه معصية فمنه اولى وعند
ابي حنيفة لا فائدة في الوقف لانه ان اسلم بطل لكونه معصية وان قتل بطل
واما المرتدة قال محمد وصيتها جائزة الا فيما يتقرب به الى الله تعالى لقوم بغير
اعيانهم فانا لا نحفظ عنه شيئا يعني تقربت الى الله تعالى في الدين الذي انتقلت اليه وفيما

قوله ان تكون كالذمية يجوز منها ما يجوز من الذمية وعندهما الصحيح انها
كالذمية وصيتها في الخمر والخنزير لا تعرف في قولهما الى هنا لفظ شمس الاسلام
الاوزجندي وهو تلميذ شمس الائمة السرخسي رحمه الله **قوله** وفي المرتدة
الاصح انه يصح وصاياها لانها تبقى على الردة ولا تقتل فصارت كالذمية في صحة
الوصية وقال المرتدة لا تصح وصيتها بخلاف الذمية لان الذمية تقر على
اعتقادها والمرتدة لا تقر على اعتقادها لانها تجبر على الاسلام بالحبس **قوله**
قال واذا دخل الحربي بامان فاوصى لمسلم او ذمي بماله كله جاز اي قال في
الجامع الصغير ومعنى هذا ان امتناع نفوذ الوصية فيما زاد على الثلث لحق
الورثة ولهذا اذا اجازت الورثة ذلك جاز وليس لورثة الحربي الذين في
دار الحرب حق مرعي عندنا لانهم كالاموات في حقنا ولان ثبوت
الحرمة في مال الحربي بسبب الامان والامان وقع لحقه لا لحق ورثته ومن حقه
تنفيذ وصيته لا ابطالها هذا اذا لم يكن معه ورثته في دار الاسلام
فان كان معه وارث لم تجز وصيته فيما زاد على الثلث الا باجازة الوارث
اشار الى ما ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح السير الكبير فان كان وارث
المستامن معه بامان فيما لم تجز وصيته فيما زاد على الثلث الا باجازة الورثة
لان حق وارثه هنا مرعي بسبب الامان لحقه قال فان كان له وارث
من دار الحرب شارك الذي كان حاضرا في ميراثه ولم يكن للموصى له الا
الثلث لان وصيته فيما زاد على الثلث قد بطل لعدم اجازة الورثة فبقي ذلك
موروثا عنه بين جميع ورثته **قوله** ولو كان اوصى باقل من ذلك
اخذت الوصية ورد الباقي على ورثته وهذه المسئلة مع ما بعدها الى اخر
الباب ذكرت على سبيل التفريع وانما هي من مسئلة الاصل قال في شرح الكافي

وكان ذلك مراعاة لحق المستامن لينا لا لحق ورثته فمن حقه تسليم ماله الى
ورثته اذا فرغ عن حاجته وتصرفه والزيادة على مقدار ما اوصى به فارغ عن
ذلك **قوله** ولو اعتق عبده اي اعتق الحربي **قوله** لما بينا ه
اشارة الى قوله لان امتناع الوصية بما زاد على الثلث لحق الورثة الى اخره
قوله ولو اوصى له مسلم او ذمي بوصية جاز اي اوصى للحربي الذي دخل
بامان قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وذكر في الامالي ان
على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تصح الوصية من المسلم والذمي للمستامن لانه
وان كان في دارنا صورة فهو من اهل الحرب حكما حتى يتمكن من الرجوع الى دار
الحرب ولا يتمكن من اطالة المقام في دار الاسلام ووصية من هو من اهل
دار الاسلام لمن هو من اهل دار الحرب باطل لان لتباين الدارين تاثيرا في قطع
العصمة والموالاة ومحمد قال الوصية تبرع بالتمليك ابتداء بعد الموت
فيعتبر بالتبرع في حالة الحيوة كالهبة والصدقة وذلك صحيح من المسلم للمستامن
فكذا هذا **قوله** ولو اوصى الذمي باكثر من الثلث او لبعض ورثته
لا يجوز قال في شرح الكافي ولا تجوز وصية الذمي باكثر من الثلث
لان اهل الذمة التزموا احكام الاسلام فيما يرجع الى المعاملات فكما ان الوصية
فيما زاد على الثلث والوصية لبعض الورثة لا يجوز من المسلم مراعاة لحق ورثته
فكذلك لا يجوز من الذمي قال فان اوصى لغير ملته فهو جائز لانهم اهل ملة
واحدة في حكم الارث فكذا في حكم الوصية **قوله** ولو اوصى لحربي
في دار الاسلام لا يجوز ه اي لو اوصى ذمي في دار الاسلام لحربي في دار الحرب
لا يجوز وقوله في دار الاسلام ظرف لقوله اوصى لا لقوله لحربي لان الذمي
تجوز وصيته لمستامن في دار الاسلام وقد مر ذلك قبل هذا قال

شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وان اوصى اي الذمي لحربي في دار الحرب لم تجز
لتباين الدارين بينهما حقيقة وحكما ولهذا لا يجري التوارث بينهما
وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ولو اوصى لاهل الحرب
وهو في دار الحرب فانه لا يجوز فكذلك الذمي لان الذمي من اهل دارنا ولا
يكون بينه وبين الحربي توارث وان كان من اهل ملته فكذلك الوصية ٥
وقال في شرح السير الكبير ووصية المسلم او الذمي لحربي في دار الحرب لا
تكون صحيحة وان اجاز الورثة الا ان يشاؤا ان يهبوا له شيئا من مالهم فيجوز
ذلك اذا قبض لان من في دار الحرب في حق من هو في دار الاسلام كالميت والله اعلم

باب الوصي وما يملكه ٥

لما فرغ من بيان احكام الموصى له شرع في بيان احكام الموصى اليه لان كتاب
الوصايا يشملها جميعا وقدم الموصى له لكون الحاجة اليه امس لكثرة وقوعه
قوله قال ومن اوصى الى رجل فقبل الرجل في وجه الموصي وردها في غير
وجهه فليس برده اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان ردها في
وجهه فهو رد يقال اوصى الى رجل اي جعله وصيا وحاصل الكلام
فيه ان الوصي لا يلزمه الوصية الا بقبوله او ما يجري مجرى قبوله لانه متبرع
بالتصرف والتبرع لا يلزم الانسان الا برضاه وانما قلنا ان قبول الوصي يصح في
حال حيوة الموصي لان تصرف الوصي يقع لمنفعة الموصي فلو وقف القبول والرد على
الموت لم يؤمن ان يموت الموصي ولم يسند وصيته الى احد فيكون في ذلك اضرار
به فلذلك جوزوا القبول في حال الحيوة ولا يشبه هذا قبول الموصى له انه لا
يجوز الا بعد الموت لان الاستحقاق هناك انما هو لحق الموصى له فلم يفتقر
الى تقديم القبول على الموت واذا ثبت هذا قلنا اذا قبل في حال الحيوة ثم

رد بغير حضرته لم يصح الرد لانه لما قبل الوصية فقد سكن قلب الموصي الى قبوله
فلو جاز له ان يخرج نفسه من الوصية بغير حضرته كان في ذلك تغرير بالموصي
الا ترى انه يموت ولا وصي له وهذا لا يجوز كما لا يجوز للوكيل ان يعزل
نفسه بغير حضرة الموكل واما اذا رد في وجهه بطلت الوصية لانه متبرع
بقبولها والمتبرع ان شاء اقام على التبرع وان شاء رجع ولان الانسان قد
يقبل الوصية ظنا منه انه يقدر ان يقوم بها ثم يعلم انه لا يتمكن من القيام فلو
لم يجز له الرجوع اضر ذلك بالوصي وبالورثة وهذا لا يجوز وقولنا في
اول الفصل ان الوصية لا تلزم الوصي الا بالقبول او ما يجري مجرى القبول نحو
ما اذا مات الموصي قبل قبول الوصي ثم تصرف الوصي فتصرفه بمنزلة قبوله لانها
تمت من جهة الموصي ووقف على حق الوصي فيكون تصرفه كقبوله اصله البيع
المشروط فيه الخيار قوله في وجه الموصي اي بعلمه وقوله في غير
وجهه اي بغير علم الموصي قوله مضى لسبيله اي مات قوله
فيرد رده اي رد الوصي قوله بخلاف الوكيل بشراء عبد بغير عينه او ببيع ماله
حيث يصح رده في غير وجهه لانه لا ضرر هنالك لانه حي قادر على التصرف وهذا
القيد وهو قوله بغير عينه احتراز عن الوكيل بشراء عبد بعينه لانه لا يملك عزل
نفسه ثمة ايضا بغير علم الموكل كما في الوصي لانه يؤدي الى تغرير الموكل بخلاف ما
اذا كان وكيلا بشراء عبد بغير عينه حيث يملك عزل نفسه لانه لا يؤدي الى تغرير
الامر ولهذا اذا اشترى عبدا كان للوكيل الا ان يقول نويت الشراء للموكل
او يضيف العقد الى دراهم الامر فحينئذ يكون للموكل ومع هذا فيما اذا وكله
بشراء شيء بعينه له ان يعزل نفسه بغير محضر الموكل على قول بعض المشايخ واليه
اشار صاحب الهداية في كتاب الوكالة في فصل الشراء بقوله ولا يملكه على ما قيل

الا بمحضر من الموكل ه اي لا يملك الوكيل عزل نفسه بغير علم الموكل على قول بعض
المشايخ فعن هذا عرفت ان ما قال بعضهم في شرحه هذا الذي قاله صاحب الهداية
تخالف لعامة رواية الكتب كالتتمة والذخيرة وغيرهما ليس بشيء لان
مراد ما ذكر في التتمة وغيرها من قولهم الوكيل لا يملك اخراج نفسه عن الوكالة
بغير علم الموكل ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بعينه لا بشراء شيء بغير عينه ه
ومراد صاحب الهداية هنا ما اذا كان وكيلا بشراء شيء بغير عينه فتوافقت
الروايات جميعا ولم تختلف **قوله** قال فان ردها في وجهه فهو رد ه اي
قال القدوري في مختصره وقد مر بيانه آنفا **قوله** فان لم يقبل ولم يرد حتى
مات الموصي فهو بالخيار ان شاء قبل وان شاء لم يقبل ه ذكره على سبيل التفريع
وذلك لانه متبرع بالتصرف في حق الغير فلا يلزمه ذلك بدون قبوله كالوكالة
وليس في رده هنا غرور من جهته ولا ضرر وانما الموصي هو الذي اغتر حين لم
يتعرف عن حاله انه يقبل الوصية ام لا وقال في شرح الكافي فان رده
في وجه الموصي فقال الموصي ما كان ظني بك هذا فان يقبل وصيتي اذن فسكت حتى مات
الموصي ثم قبل لم يكن وصيه لان رده في وجهه بطلت الوصاية فلا يمكن قبولها
بعد ذلك ولو انه ردها في غير وجه الموصي ثم قبلها بان سمع كلامه الاخر
في ذلك فانه لا يكون وصيا عندنا وقال زفر يكون وصيا لان رده
في غير وجه الموصي انما يتم اذا بلغ الموصي فان لم يبلغه حتى قبل صار كان الرد لم يوجد
ولكنا نقول قبل القبول هو متفرد بالرد في وجه الموصي وفي حال غيبته فيبطل العقد
برده ولا يعتبر القبول بعد ذلك **قوله** فلو انه باع شيئا من تركته فقد
لزمه والقياس ان لا يجوز بيعه ولا يكون وصيا وهو قول زفر كذا قال
فخر الدين قاضي خان قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا ولو

ان الموصي مات ولم يقبل الوصي حتى باع شيئا من تركته كان ذلك قبولا منه للوصاية
لان القبول مرة يكون بالدلالة ومرة يكون بالافصاح فهو كما لو باع شيئا من تركة
الميت كان ذلك قبولا منه من طريق الدلالة ثم ان كان الوصي يعلم بتفويض
الميت لا يشكل ان بيعه يكون قبولا فاما اذا لم يعلم يكون قبولا ايضا منه قال
وقد ذكر هكذا في موضع آخر لان الوصي بمنزلة الوارث من وجه لانه يقوم مقام
الميت عند خلافه بمكانه ومن وجه بمنزلة الوكيل لانه يصير وصيا بالتفويض فصار كالمتردد
بين حالين فلو كان وارثا من الوجوه لا يبطل بالرد ويثبت بغير قبول ولو كان جميع
وكيلا من جميع الوجوه لا يثبت الا بالقبول فلما كان حاله بين حالين فنقول
ان لم يقبل يرد اعتبارا بالوكالة فان لم يرد حتى باع شيئا صار بمنزلة الوارث
ويقوم مقامه **قوله** لان ذلك دلالة الالتزام ه اي بيع الوصي شيئا
من التركة دلالة التزام الوصية فكان بيعه قبولا للوصية دلالة فدليل
القبول كصريحه حتى لو باع شيئا من تركة الميت او اشترى للورثة بعض ما يحتاجون
اليه او اقتضى ما لا او قضاه لزمته الوصية لوجود دليل القبول والرضا به كالمشترط وط
له الخيار اذا وجد منه ما يدل على الاجازة والفسخ كان بمنزلة التصريح بذلك كذا
قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي **قوله** بخلاف ما اذا لم يعلم بالتوكيل
فباع حيث لا ينفذه يعني ان العلم شرط لصحة التوكيل حتى لو باع الوكيل قبل
العلم لا ينفذ والعلم بالوصاية ليس بشرط حتى لو باع الوصي قبل العلم بالوصاية صح
وهذه رواية الزيادات وبعض روايات المأذون وعلى هذه الرواية يحتاج
الى الفرق بين الوكالة والوصاية ووجه فرقهما ان الوصاية خلافة كالارث
فلا يتوقف على العلم كالارث فتثبت بلا علم والانابة كالوكالة يشترط العلم كما في والوكالة انابة
اثبات الملك بالبيع والشراء على رواية كتاب الوكالة لا يشترط العلم للوكالة

ايضًا اعتبارًا بالوصاية لان كل واحد منهما اثبات الولاية الا ترى الى ما قال شيخ الاسلام علاء الدين الاسبيجابي في شرح الكافي واذا كان للرجل عبد في يد رجل فقال انطلق واشتر عبدي من فلان لنفسك فذهب فاشتراه ولم يكن رب العبد وكل البايع بالبيع فان هذا البيع يجوز ويكون امر المشتري بالشراء وكالة للبايع قال هكذا ذكر ههنا ثم قال وذكر في الزيادات وبعض روايات المأذون انه لا يكون اذنًا ما لم يعلمه الرسول بذلك كذا ذكر شيخ الاسلام في باب ما لا يجوز فيه الوكالة من شرح الكافي وعن ابي يوسف انه لا يجوز بيع الوصي ايضًا قبل العلم بالوصاية اعتبارًا بالوكالة لان كل واحد منهما نيابة لكن الوكالة قبل الموت وتلك بعد الموت وقد مر تمام البيان في كتاب ادب القاضي في فصل القضاء بالمواريث قوله وقد بينا طريق العلم يعني في فصل القضاء بالمواريث يعني ان العلم بالوكالة يثبت بخبر الواحد حرًا كان او عبدًا عدلًا كان او فاسقًا رجلًا كان او امرأة صبيًا كان او بالغًا وكذلك العزل عندهما يثبت بخبر الواحد مطلقًا وعند ابي حنيفة يشترط العدد او العدالة حتى لا يثبت العزل عنده الا بخبر الاثنين او بخبر الواحد العدل وقد مر ذلك في فصل القضاء بالمواريث قوله وان لم يقبل حتى مات الموصي فقال لا اقبل ثم قال اقبل فله ذلك ان لم يكن القاضي اخرجه حين قال لا اقبل قال محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يوصي الى رجل فيقول بعد موت الموصي لا اقبل ثم قبل قال هو جائز الا ان يخرجه القاضي عن الوصية بقوله لا اقبل الى هنا لفظ محمد وفي قول زفر لا يجوز قبوله بعد ما رد لانه لما رد فقد بطل التفويض واذا بطل التفويض لا يجوز قبوله بعد ذلك الا ترى انه لو كان حيا فرده في وجهه لا يجوز قبوله بعد ذلك فكذلك ههنا ولنا ان الوصية لو بطلت بمجرد قول الوصي لا

اقبل يلزم الضرر بالميت لانه مات معتمدًا عليه فلو ارتدت الوصية برد الوصي لبقى عن التركة حيث لم ينصب الميت سواه اعتمادًا عليه والضرر مدفوع شرعًا فلا يصح الرد واذا لم يصح الرد كان له ان يمضي الوصية الا اذا اخرجه القاضي عن الوصاية حين قال لا اقبل فحينئذ لا يصح قبوله بعد ذلك لان قضاء القاضي صح لوقوعه في المجتهد فيه فلما صح القضاء بطلت الوصية فقبوله بعد ذلك يكون بعد بطلان الوصية فلا يصح ولان العقد قد تم من جهة الموصي ووجب للآخر خيار في قبوله ورده والرد يقتضي مردودًا عليه فاذا رده في غير وجهه او بعد موته فقد رده وليس ثمة مردود عليه فلم يصح الرد كما لو اشترى شيئًا على انه بالخيار ثم رده من غير محضر من البايع فانه لا يجوز كذلك ههنا فاما اذا اخرجه القاضي من الوصية فانه قد ابطل العقد باجتهاده في موضع الاجتهاد فبطل العقد واذا بطل العقد لم يجز قبوله بعد ذلك لانه قبل حين لم يكن عقد قوله وضرر الوصي في الابقاء مجبور بالثواب هذا جواب سؤال مقدر بان يقال كما يلزم الضرر بالميت في بطلان الايصاء بقوله لا اقبل يلزم الضرر ايضًا بالوصي في بقاء الايصاء ولزومه لانه يعجز عن القيام بذلك فلم تحملتم ضرر الميت حيث قلتم لا يبطل الايصاء بقوله لا اقبل فقال لما لم يمكن دفع الضررين جميعًا لا بد من ان تحمل ادنى الضررين لدفع الضرر الاعلى والاعلى ههنا ضرر الميت لان ضرره ليس بمجبور بشيء وضرر الوصي مجبور بالثواب فتحمل الادنى لدفع الاعلى وهو المراد من قوله ودفع الاول وهو اعلى اولى اي دفع اول الضررين وهو ضرر الميت قوله قال ومن اوصى الى عبد او كافر او فاسق اخرجهم القاضي عن الوصية ونصب غيرهم اي قال القدوري في مختصره والمراد منه الوصية الى عبد غيره لان الوصية الى عبد نفسه تجيء بعد هذا ولفظ القدوري يشير الى ان الوصية

الى مولاه تصح لان الاخراج عن الوصية لا يكون الا بعد صحة الوصية لان
الوصية اذا كانت باطلة اصلا فمن اين يتحقق اخراجهم عن الوصية ه وذكر
محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة في المسلم يوصي الى الذمي قال
الوصية باطلة وكذلك ان اوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة الى هنا لفظ اصل
الجامع الصغير وذكر محمد في الاصل واذا اوصى الى عبد غيره فالوصية باطلة
وان اجاز مولاه وقال في الاصل ايضا واذا اوصى المسلم الى ذمي او الى حربي
مستامن او غير مستامن فهو باطل وقال في الاصل ايضا ولو اوصى الى فاسق
متهم مخوف على ماله فالوصية اليه باطلة ثم اختلف المشايخ في معنى البطلان
انه باطل اصلا ام معناه سيبطل قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت
الوصايا وفي شرحه للجامع الصغير معناه سيبطل واليه ذهب القدوري وفخر
الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وعليه عامة المشايخ وقال بعضهم
انه باطل اصلا واليه ذهب شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وذلك لان
الوصية ولاية والرق مناف للولاية ولانه عاجز عن تحصيل مقصود
الموصي لان منافعه لمولاه فالظاهر انه يمنعه من التبرع بها على غيره وكذلك
بعد اجازته لان هذا بمنزلة الاعارة منه للعبد فلا يتعلق بها اللزوم فاذا رجع عنه
كان عاجزا عن التصرف واما في الوصية الى الكافر فلان في الوصية اثبات
الولاية للوصي على سبيل الخلافة عنه ولا ولاية للذمي ولا للحربي على المسلم لقوله
تعالى ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلا ه واما في الفاسق فذهب
شمس الائمة السرخسي ايضا ان الوصية اليه تجوز لكن القاضي يخرجه عن الوصاية
لان بالوصاية اليه لا يتم معنى النظر وهذا لان الفاسق من اهل الولاية
ولهذا كان من اهل الارث فيكون اهلا للوصية ايضا ووجهه ما ذهب

اليه الفقيه وغيره ان عند العبد قادر على التصرف حقيقة لان تصرف العبد
بالوصية مثل تصرفه بالوكالة فاذا جاز تصرفه في احدهما جاز في الآخر لان كل
واحد منهما نيابة ولكن لما كانت منافعه مشغولة بحق مولاه وربما يمنعه
مولاه بعد ما اذن له في قبول الوصية كان عاجزا عن انفاذ الوصية فلا يؤمن
عليه ان يقصر ولا يستوفي حقوق الميت فكان للقاضي ان يخرجه ويستبدل
به وصيا آخر واما في الايصاء الى الكافر فقد ذكر محمد في كتاب القسمة
انه لو قاسم شيئا قبل ان يخرجه القاضي جاز ذلك فثبت ان الايصاء اليه صحيح
وذلك لان الكافر يجوز ان يتصرف بالوكالة فجاز ان يتصرف بالوصاية ايضا ه
اصله المسلم ولكن القاضي يبطل وصيته ويخرجه عن الوصاية لانه لا يؤمن
على المسلم لانه لا يميز بين الحلال والحرام فيخاف ان يكسب كما ان مسلما لو وكل ذميا
يكره له ذلك والمعنى فيه انه يخاف ان يطعمه الربوا فكذلك ههنا فان
تصرف قبل ان يخرجه القاضي كان جائزا لانه يتصرف من طريق الاثر واما
الفاسق فيخرجه القاضي ليتم النظر على ما قلنا وقال الشافعي يعتبر ان
يكون عدلا عند الوصية والا لم تصح الوصية اليه بدليل انه لا يجوز اقراره
على الوصية فلا تصح الوصية اليه وهذا يبطل بما اذا اوصى الى ضعيف لا
يقدر على التصرف منفردا قوله وهذا يصلح عذرا في اخراجه وتبديله
بغيره ه اي كون الفاسق بحيث تخاف عليه في المال الخيانة يصلح عذرا في اخراج
الفاسق عن الوصاية وجعل غيره وصيا مكانه لان الميت انما اوصى اليه لينظر
في ماله واولاده بعضه بالحفظ والصيانة وبالخيانة ترتفع الصيانة فلا يحصل الغرض
من الوصاية قوله قال ومن اوصى الى عبد نفسه وفي الورثة كبار لم تصح الوصية
اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الوارث الكبير يلي على العبد فيبطل

انه يملك بيع نصيبه ويستحيل ان يثبت للعبد ولاية عليه بالوصية ويثبت للوارث
الولاية على العبد بالملك فلذلك لم تصح الوصية اليه واما اذا كان الورثة
كلهم صغارا فالوصية اليه جائزة عند ابي حنيفة خلافا لهما قال صاحب
الهداية وقول محمد مضطرب فيه يروى مرة مع ابي حنيفة وتارة مع ابي يوسف
ولنا في هذا القيل نظر لان الكبار الثقات المتقدمين على صاحب الهداية
كلهم ذكروا قول محمد مع ابي يوسف بلا اضطراب كالطحاوي في مختصره والكرخي
في مختصره وابي الليث في كتاب نكت الوصايا والقدوري في التقريب وشمس الائمة
السرخسي في شرح الكافي وصاحب المنظومة فيها وفي شرحها وغيرهم من اصحابنا
وقول الشافعي كقولهما كذا في شرح الاقطع وقال شمس الائمة في شرح
الكافي قول ابي حنيفة هو الاستحسان وقولهما هو القياس وجه
قولهما ان الرق الذي ينافي الولاية قائم في عبد نفسه كما في عبد غيره ولانه
مملوك للورثة وهم الصغار والمملوك لا يلي على مولاه ولان تصرف
الوصي من طريق الولاية والعبد ليس من اهل الولايات وجه قول ابي حنيفة
ان الصغار من الورثة وان كانوا يملكون رقبة العبد فلا يملكون التصرف
فيه حيث لا يملكون بيعه فجاز اثبات الولاية للعبد في حقوقهم بخلاف ما
اذا كان فيهم كبير وبخلاف عبد الغير لان لمولاه ان يبيعه ويحجر عليه فصار موليا
عليه فلم يجز له ان يتصرف في حق غيره قال شمس الائمة السرخسي في شرح
الكافي وانما استحسن ابو حنيفة هذا لما راى فيه من توفير المنفعة على الميت
وعلى ورثته فان من ربى عبده واحسن اليه فالظاهر ان شفقته على الصغار
من اولاده بعد موته اكثر من شفقة الاجنبي ولهذا اختاره للوصية ه واورد في
شرح الاقطع سؤالا وجوابا فقال فان قيل فاذا كانوا صغارا فالقاضي يلي

بيعه اذا راى ذلك قيل له ولاية القاضي على الوصي لا يمنع جواز الوصية
لانه يلي على الاحرار مع وجود الوصية اليهم قوله ولان الولاية
الصادرة من الاب لا تتجزى وفي اعتبار هذه تجزيتها لانه لا يملك بيع رقبته
معناه ان ولاية الوصي مثل ولاية الموصي لكون ولاية الوصي مستفادة
من جهة الموصي ثم ولاية الموصي وهو الاب ليست بمتجزية حيث لا يقال ان ولايته
في البعض دون البعض وولاية العبد متجزية لانه يملك بيع التركات ولا يملك بيع
نفسه وهذا نقض الموضوع فلا يجوز وهذا معنى قوله وفي اعتبار هذه
تجزيتها ه اي في اعتبار هذه الوصية اي الوصية الى عبد نفسه والورثة صغار
تجزية الولاية وفيها تجزية للوصاية ايضا لان العبد لا يلي بيع نفسه ولا يكون
وصيا في بيع نفسه قوله وله انه مخاطب مستبد بالتصرف ه احترز بالمخاطب
عن الصبي والمجنون فان الايصاء اليهما لا يجوز لعدم الخطاب واحترز بالمستبد
عن الايصاء الى عبد الغير لانه لا استبداد له في التصرف وعن عبد نفسه ايضا
اذا كان في الورثة كبير لان للكبير ان يحجره ويبيع نصيبه منه فلا يبقى الاستبداد
قوله فصار كالمكاتب ه اي صار الايصاء الى العبد المكاتب القن
كالايصاء الى المكاتب فذلك يجوز فكذا هذا قوله والوصاية قد
تتجزى على ما هو المروي عن ابي حنيفة هذا جواب بسبيل المنع عن قوله
وفي اعتبار هذه تجزيتها بان يقال لا نسلم ان الوصاية لا تتجزى ولهذا
روى الحسن عن ابي حنيفة فيما اذا اوصى الى رجلين الى احدهما في العين والى الاخر
في تقاضي الدين يكون كل واحد منهما وصيا فيما اوصى اليه خاصة ولئن
سلمنا ان الوصاية لا تتجزى على ما هو الظاهر عن ابي حنيفة حيث يكون كل واحد
منهما وصيا في العين والدين جميعا فنقول انما صرنا الى تجزي الايصاء كيلا

يبطل اصل الايصاء ولانا لو لم نجوز التجزي يبطل الايصاء اصلا وفيه الغاء كلام
العاقل فلا يجوز الالغاء ما امكن وتغييره وصف الايصاء اولى من تغيير اصل الايصاء
وكان تغيير الوصف احق قوله قال ومن يعجز عن القيام بالوصية ضم
اليه القاضي غيره اي قال القدوري في مختصره وذلك لان الورثة لا ينتفعون
به واخراجه من الوصية لا يجوز لانه غيرهم اذا كان عدلا ثقة فلزم القاضي ان يقوي
تصرفه ويكمله ويضم اليه غيره واما اذا كان قادرا على التصرف وناهضا بالوصية
وهو من اهل الولاية فليس للقاضي الاعتراض عليه لانه اذا اقام غيره مقامه
اقام من هو في مثل صفته فاذا تساويا فمرضية الميت اولى قوله ولو
شكا اليه الوصي ذلك لا يجيبه حتى يعرف ذلك حقيقة اي لو شكا الى القاضي
الوصي عجزه لا يجيبه القاضي حتى يعرف العجز من الوصي حقيقة ذكره تفريعا على مسئلة
المختصر قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وان كان الوصي هو
الذي شكا الى القاضي عجزه عن التصرف فعلى القاضي ان ينظر في ذلك فان علم عدالته
وعجزه عن الاستبداد ضم اليه غيره لانه لو لم يفعل ذلك فاما ان يتضرر الوصي
بالعجز عن التصرف في حقوق نفسه او ترك التصرف في حوايج الموصي فيتمكن الخلل
في مقصوده ويرتفع هذا الخلل بضم غيره اليه وان ظهر عنده عجزه عزله عن الوصية القيام
استبدل به لانه مامور بالنظر من الجانبين ولو ظهر عند الموصي في حيوته عجزه
استبدل به فكذلك من قام مقامه في النظر وهو القاضي قوله
ولهذا قدم على اب الميت اي ولاجل ان وصي الميت مختار الميت قدم على اب الميت
في التصرف فبالطريق الاولى ان يقدم الوصي على وصي القاضي الذي هو غير اب الميت
قوله وكذا اذا شكا الورثة او بعضهم الوصي الى القاضي فانه لا ينبغي
ان يعزله حتى يبدو له منه خيانة وهذه ايضا ذكرت تفريعا وذلك لان

الموصي اختاره ورضي به والشاكي قد يكون ظالما في شكواه فما لم تتبين خيانته لا يحتا ج
القاضي الى النيابة في النظر له والاستبدال به فان علم منه خيانة عزله عن الوصية
لان الموصي اعتمد امانته حيث اختاره فلو كان علم خيانته عزله ظاهرا والقاضي قائم
مقام الميت نظرا له فيعزله لظهور خيانته قال ابو جعفر الطحاوي في مختصره
والاوصياء الاحرار البالغون على ثلث مراتب فوصي مامون على ما اوصي به اليه
مضطلع للقيام به فلا ينبغي للحاكم ان يعترض عليه ووصي مامون غير مضطلع بالقيا م
به ايده الحاكم بغيره ووصي مخوف على ما اوصي به اليه فيخرجه الحاكم من الوصية
ويقيم فيها من يؤمن عليها ويضطلع بالقيام بها قوله ان الاصل في ذلك
ان الوصي منصوب لحفظ مال الميت والاحتياط للصغار قال تعالى ولا تقربوا
مال اليتيم الا بالتي هي احسن وقال تعالى وان تقوموا لليتامى بالقسط وقال تعالى
ويسالونك عن اليتامى قل اصلاح لهم خير فاذا كان الوصي مضطلعا عليها مؤمنا
بها لم يعترض له الحاكم لان الميت قد اوصى اليه ورضيه للقيام بامره فلا يزال عنها
الا بسبب يوجبه وان كان مامونا غير مضطلع للقيام بها ايده بغيره لئلا يقع
عليه غبن فيما يتصرف فيه ولا يجري على يديه تضييع فيما يتصرف وان كان مخوفا عليها
اخرجه الحاكم واقام فيها من يؤمن عليها لان الحاكم منصوب لحفظ اموال النا س
وحقوقهم لا سيما الاموات والصغار منهم فاذا خاف من الوصي الخيانة اخرجه من
الوصية واسندها الى غيره قوله قال ومن اوصى الى اثنين لم يكن
لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة ومحمد دون صاحبه اي قال القدوري في
مختصره وترتيب لفظه ومن اوصى الى اثنين لم يجز لاحدهما ان يتصرف عند ابي حنيفة
ومحمد دون صاحبه الا في شرى كفن الميت وتجهيزه وطعام الصغار وكسوتهم ورد
وديعة بعينها وقضاء دين وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة في حقوق

الميت الى هنا لفظ المختصر وعند ابي يوسف لكل واحد منهما ان يتصرف في المال بدون
صاحبه وقال الكرخي في مختصره وقال ابن رستم قال محمد قال ابو حنيفة
يجوز فعل احد الوصيين في خمسة اشياء الشراء للكسوة والطعام وتنفيذ الوصية
وشرى الكفن وتقاضي الدين ويكون خصما عن الميت فهذه الخمسة الاشياء يجوز فعله
فيها وحده وهو قول محمد وقال ابو يوسف يجوز فعل احدهما في جميع الاشيا كلها
الى هنا لفظ الكرخي وقال ابو جعفر الطحاوي في مختصره وليس لاحد
الوصيين ان يشتري للورثة اذا كانوا صغارا الا الكسوة والطعام وليس له
ان يشتري خادما ان احتاجوا اليها الا باذن صاحبه في قول ابي حنيفة قال
ابو جعفر وقال محمد بن الحسن في نوادره وليس لاحدهما ان يفعل شيا دون صاحبه
الا في ستة اشياء فانها يجوز له دون اذن صاحبه وهي شرى كفن الميت وقضاء
ديونه وانفاذ وصيته فيما اوصى به من صدقة او نحوها او شي لرجل كان بعينه في يد
الميت يدفعه اليه وفي الخصومة فيما يدعى على الميت وفي الخصومة فيما يدعى
للميت من الحقوق قبل الناس فاما غير ذلك من شرى او بيع فانه لا يجوز له
دون صاحبه وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر الطحاوي ولم يذكر
شرى الكسوة والطعام في هذه الرواية وهو مما يجوز لاحدهما ان يفعله في قولهم
جميعا وليس ما ذكره من النوادر مخالفا لما في الاصول وانما هو تفسير لما اجمل ذكره
في الاصول وقال في المختلف اذا اوصى الى رجلين ينفرد كل واحد منهما بالتصرف
في قول ابي يوسف وقالا لا ينفرد الا في سبعة اشياء شراء الكفن وقضاء الدين من
العين وتنفيذ الوصية في عين ورد الوديعة وشراء الطعام والكسوة للصغير
والخصومة وقبول الهدية وحاصله ما قالوا في شروح الجامع الصغير ان احد
الوصيين لا ينفرد بالتصرف فيما هو من باب الولاية عند ابي حنيفة ومحمد وقال

ابو يوسف ينفرد واجمعوا فيما ليس من باب الولاية انه ينفرد كل واحد منهما وذلك
مثل شراما لا بد للصغير منه كالطعام والكسوة وبيع ما يخشى عليه التوى والتلف
لانه من باب الضرورة ولهذا تملكه الام ومثل شرى الكفن لانه ضروري لا
يبتني على الولاية الا ترى ان الام تملكه ولهذا لو مات رجل في محلة قوم
ومعه مال فكفنوه ودفنوه من ماله جاز وان لم يكن لهم ولاية ولانه
ربما يكون احد الوصيين غايبا فلو لم يجز شراء احدهما دخل في ذلك ضرر وفساد
وكذلك شراء الكسوة والطعام للصغار يجوز للبلوى كذا قال الفقيه ابو الليث
في المختلف الرواية وكتاب نكت الوصايا ومثل قضاء الدين لان من له الدين يملك
اخذه فليس التسليم من الولاية في شي وكذلك تسليم الودايع وكذلك رد المغصوب
لان من له الحق يملكه ايضا وجمع الاموال الضايعة المتفرقة ينفرد به احدهما
لانه ليس من باب الولاية الا ترى ان الجيران يفعلون ذلك وكذلك
الخصومة ينفرد بها احدهما كاحد الوكيلين بالخصومة ينفرد بها احدهما فاحد الوصيين
اولى لان ولاية الوصي اعم ولهذا كان للوصي ان يوصي الى غيره بخلاف
الوكيل ليس له ان يوكل غيره وكذلك بيع ما يتسارع اليه الفساد لانه من باب
الضرورة وكذلك رد البيع الفاسد على هذا وكذلك تنفيذ الوصية بشي بعينه
اذا كان يخرج من الثلث فللموصى له ان ياخذه فكذلك لاحدهما ان يعينه على ذلك
بالتسليم قال في شرح الطحاوي وكذلك لاحدهما ان ينفذ الوصايا المعينة
او ينفذ الوصية من جنس ذلك المال الذي اوصى به نحو ما اذا اوصى بدراهم لرجل
فادى احدهما تلك الوصية من الدراهم او كان ثيابا فادى من جنس تلك الثياب من
حيث انه لا يحتاج الى التصرف فانه يجوز اداوه فاما اذا احتاج الى بيع شي حتى يودي
من ثمنه الوصية فان ذلك البيع لا يجوز الا باذن صاحبه كذا ذكر الامام

الامام الاسبيجابي وكذلك اعتاق عبد بعينه لانه لا يحتاج فيه الى الراي والتدبير
فاما ما سوى ذلك من البيع والرهن والاجارة والكتابة وما اشبه ذلك فعلى
الاختلاف وكذلك التقاضي وهو الاقتضاء والاقتضاء من باب الولاية فلا ينفرد
به احدهما وفسر الكرخي في مختصره التقاضي بالقبض احتج ابو يوسف بان
الايصاء من باب الولاية والولاية اذا ثبتت لاثنين شرعا ثبتت لكل واحد منهما على
الانفراد كالاخوين في باب الانكاح فكذلك اذا ثبتت شرطا الحق به وهذا
لان الولاية لا تحتمل التجزي ويتكامل السبب في حق كل واحد منهما فيثبت الحكم لكل
واحد منهما بخلاف الوكيلين فان الوكالة انابة وانما جعلهما نائبين عنه في التصرف
فلا تثبت الولاية لكل واحد منهما بانفراده وبيان الوصف ان ثبوت حق التصرف
للوصي لا يكون الا بعد زوال ولاية الموصي والانابة تستدعي قيام ولاية
المنوب عنه وتبطل بسقوط ولايته كالوكالة فاما الولاية بطريق الخلافة
تستدعي سقوط ولاية من هو اصل ليصير الخلف قايما مقامه كالجد مع الاب
واحتج ابو حنيفة ومحمد بان الموصي انما اثبت الولاية لهما جملة فصارت
الولاية مقيدة بشرط اجتماع رايهما وذلك شرط مفيد ولم تثبت بدون ذلك
الشرط ولان سبب هذه الولاية التفويض فلا بد من مراعاة صفة التفويض
وانما فوض اليهما حق التصرف فكل واحد منهما في هذا السبب بمنزلة شطر
العلة وبشطر العلة لا يثبت شي من الحكم بخلاف الاخوين فان السبب هنالك الاخوة
وهو يتكامل في حق كل واحد منهما يوضحه ان ولاية التصرف للوصي بعد موت
الموصي باعتبار اختيار الموصي ورضاه به وهو انما رضي براي المثنى وراي الواحد لا
يكون كراي المثنى ومقصوده توفير المنفعة عليه وعلى ورثته وذلك عند اجتماع رايهما
اظهر فاشبه من هذا الوجه الوكالة قال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت

الوصايا وكان القياس ان لا يجوز تصرف احدهما دون الآخر في الاشياء
المعدودة ايضا للمعنى الذي ذكرناه الا انهما استحسنا فيها في بعضها لاجل البلوى
وفي بعضها لانه لا يحتاج الى التدبير وقال الفقيه ابو الليث في كتاب
نكت الوصايا وذكر عن ابي القسم الصفار وهو احمد بن حم انه كان يقول
هذا الاختلاف في الذي اوصى اليهما جميعا فاما اذا اوصى الى هذا على حدة والى
هذا على حدة فلكل واحد منهما ان يتصرف وحده دون صاحبه في قولهم جميعا
قال الفقيه وبهذا القول ناخذ ثم قال وذكر عن الشيخ ابي بكر
الاسكاف انه كان يقول الاختلاف في الفصلين واحد وكان ابو موسى الرازي
يقول هكذا وكان يستدل بمسئلة في كتاب الزيادات ان جارية بين رجلين
جاءت بولد فادعياه جميعا فهو ابنهما فان اوصى كل واحد من الابوين الى رجل
ثم ماتا جميعا فليس لاحد الوصيين ان يتصرف دون الآخر في قول ابي حنيفة
ومحمد وفي قول ابي يوسف يجوز فقد ذكر في تلك المسئلة الاختلاف وان كان
اوصى كل واحد منهما الى رجل على حدة قال فكذلك في هذه المسئلة ثم
قال الفقيه ابو الليث وكان الفقيه الجليل ابو جعفر يقول يجوز ان يقال
انه اذا اوصى اليهما جميعا لا يجوز لاحدهما ان يتصرف دون الآخر في قولهم جميعا
وانما الخلاف في الذي اوصى الى كل واحد منهما على حدة ثم قال ابو الليث
ولكن القول الذي قاله ابو القسم الصفار اصح عندي وهو انه اذا اوصى الى كل
واحد منهما على حدة جاز لكل واحد منهما ان يتصرف في قولهم جميعا لان كل واحد
منهما صار وصيا تاما لانه قد رضي براي كل واحد منهما الا ترى انه لو
وكل وكيلين كل واحد منهما على حدة بالبيع والشرى او بالنكاح جاز لكل واحد منهما
ان يتصرف في قولهم جميعا فكذلك ههنا واما الذي قاله ابو بكر الاسكاف

نوان وصايتهما على حدة او جميعا معا سواء لانه تثبت وصايتهما عند الموت لان
الرجل ما لم يمت لا يصير واحد منهما وصيا فاذا ثبت انهما صارا وصيين في حالة
واحدة صارت الوصاية في حالة واحدة وفي حالتين سواء كذا في كتاب نكت
الوصايا قوله اذ هو شرط مفيد اي وصف الاجتماع شرط مفيد
قوله يعني الاول في حقا على صاحبه اي في الانكاح او في احد الاخوين
حقا واجبا على صاحبه وفي الثاني اي في الوصاية استوفى احد الوصيين حقا
لصاحبه نعم الاول دون الثاني اصله الدين اذا كان على الرجلين فادى
احدهما ما على الآخر صح واذا كان الدين لرجلين فاستوفى احدهما نصيب الآخر لا يصح
قوله ولهذا يملكه الجيران اي ولاجل ان في تاخير شراء الكفن
فساد الميت يملك الجيران التكفين قوله وطعام الصغار وكسوتهم
بالجر عطفا على قوله في شراء الكفن وكذلك قوله ورد الوديعة بعينها ورد
المغصوب والمشترى شراء فاسدا وحفظ الاموال وقضاء الديون كل ذلك بالجر
وكذلك قوله وتنفيذ وصية بعينها وعتق عبد بعينه والخصومة وقبول الهبة
وبيع ما يخشى عليه التوى وجمع الاموال الضائعة كل ذلك بالجر قوله والمراد
بالتقاضي الاقتضاء اي القبض قوله ولو اوصى الى كل واحد على الانفراد
قيل ينفرد كل واحد منهما بالتصرف وهو قول ابي القسم الصفار واليه
ذهب الفقيه ابو الليث وقيل الخلاف في الفصلين واحد وهو قول ابي بكر
الاسكاف وتقديره قبل هذا قوله فان مات احدهما جعل القاضي
مكانه وصيا آخر ذكره بسبيل التفريع على مسئلة المختصر اي ان مات احد الوصيين
جعل القاضي مكانه وصيا آخر اما عندهما فظاهر لان احد الوصيين لا ينفرد بالتصرف
عندهما فيما سوى الاشياء المعدودة فكان احدهما عاجزا عن التفرد بالتصرف والقاضي

قائم مقام الميت في النظر لعجزه فيضم الى الحي وصيا آخر نظرا للميت واما عند
ابي يوسف وان كان احد الوصيين ينفرد بالتصرف في كل الاشياء فيضم القاضي
الى الحي وصيا آخر لان مقصود الميت كان ان يخلفه اثنان في التصرف وتحقيق مقصوده
بضم وصي آخر الى الباقي ممكن فيضمه القاضي اليه قوله ولو ان الميت اوصى
الى الحي فللحي ان يتصرف وحده في ظاهر الرواية ذكره بسبيل التفريع ايضا وذلك
لان راي الميت باق ههنا حكما براي من يخلفه فصار كما لو اوصى الى شخص آخر فلا يحتاج
القاضي الى نصب وصي آخر وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
وروى الحسن عن ابي حنيفة ان الحي لا ينفرد بالتصرف ههنا لان الموصي ما رضي برايه
وحده ولا يكون للوصي ان يرضى بما يعلم ان الموصي لم يرض به بخلاف ما اوصى الى غيره
وقال الفقيه ابو الليث رحمه الله واذا كانا وصيين فمات احدهما واوصى
الى صاحبه فهو جائز ويجوز للباقي ان يتصرف في المال وروي عن ابي حنيفة
انه قال لا يجوز وينبغي للقاضي ان يجعل معه آخر وجه هذه الرواية ان الميت
لما اوصى الى صاحبه فقد رضي بتصرفه فصار بفعله كفعلهما جميعا الا ترى
انهما لو كانا حيين فاذن احدهما لصاحبه ان يبيع ويشتري ففعل جاز فعله في قولهم
جميعا فكذلك ههنا واما مذهب ابي حنيفة الذي روى عنه هلال في كتاب
الوقف ان الميت رضي براي الاثنين ولم يرض براي احدهما وفي اجتماع رايهما منفعة
لان الميت قصد ان يكون ماله بتدبير اثنين لكي يكون كل واحد منهما رقيبا على صاحبه
فاذا مات احدهما فقد فات ذلك المعنى فلا يجوز ان يكون ماله بتدبير انسان واحد
كذا في كتاب نكت الوصايا قوله واذا مات الوصي واوصى الى آخر
فهو وصيه في تركته وتركة الميت الاول وقال الشافعي لا يكون وصيا في تركة
الميت الاول ذكره بسبيل التفريع ايضا قال في وجيزهم اما الوصي فليس له الايصاء

الا اذا اذن له الولي في الايصاء فله ذلك على اصح القولين الى هنا لفظ الوجيز
وجه قوله ان الميت رضي براي الوصي لا براي غيره فصار كالوكيل في حال الحيوة
ثم الوكيل لا يجوز ان يوكل غيره فكذا الوصي لا يجوز له ان يوصي الى غيره ولنا
ان الوصي انما يتصرف بولاية منتقلة اليه من الميت بطريق الخلافة عنه كالجد
الا ترى ان الولاية تنتقل منه الى الوصي في المال والى الجد في النفس حتى
كان له تزويج الصغار والصغاير واستيفاء القصاص ثم الجد يقوم مقام الاب لانه
خلف عنه فيوصي الى غيره وكذا الوصي لانه خلف عن الميت ايضا فجاز ان يوصي الى
غيره فيما له ولاية عند موته وكان للوصي ولاية عند موته في ماله وتركة الموصي
جميعا فتصح وصايته فيهما جميعا فينزل الوصي الثاني منزلة الوصي الاول فيهما ه
ولان مقصود الموصي ان يتدارك براي الوصي ما فرط فيه بنفسه ولما اشتغل
به مع علمه ان المنية تخترمه قبل حصول مقصود الموصي منه صار راضيا بايصائه
الى رايه دلالة لتتميم مقصوده وليس الوصي كالوكيل لان الموكل حي قائم يمكنه
تحصيل مقصوده بنفسه فلم يتضمن توكيله توكيل وكيله غيره دلالة وايصاء وكيله الى غيره
عند موته وقال الفقيه ابو الليث في كتاب نكت الوصايا اذا اوصى الوصي
الى الثاني في تركته وتركة الاول فالثاني وصيهما جميعا واما اذا اوصى الى
الثاني ولم يذكر تركة الاول في قول علمائنا صار الثاني وصيهما ايضا وفي قول
ابن ابي ليلى يكون للثاني خاصة ولا يكون وصيا للاول فاما اذا اوصى اليه في
تركته وتركة الاول جاز ذلك وهو طريق الاستحسان وكان القياس
ان لا يجوز لان الوصي بمنزلة الوكيل وليس للوكيل ان يوكل غيره ما لم يؤمر بذلك
فكذلك ليس له ان يوصي في مال الاول اذا لم يؤمر وفي الاستحسان يجوز لان
الاول لما اوصى اليه فقد علم ان الوصي لا يعيش ابدا ولم يحب ان تكون اموره ضايعة

فصار كانه اذن له بان يوصي الى غيره من طريق الدلالة وان لم ياذن له بالافصاح
ولو كان اذن له بالافصاح جاز له ان يوصي الى غيره فكذلك اذا اذن له بالدلالة
بخلاف الوكالة لان الوكالة لا تصح بعد الموت واما اذا اوصى الثاني ولم يذكر تركة
الاول ففي قول ابن ابي ليلى يكون وصيا له خاصة ولا يكون وصيا للاول لانه
جعله وصي نفسه ولم يجعله وصي الاول واما مذهب علمائنا ان الوصي لما اوصى
الى الثاني فقد فوض اليه امور نفسه وامور الاول من امور نفسه فصار كانه اوصى
اليه في تركة الاول ايضا من طريق الدلالة لانه من اموره وان لم يذكر بالافصاح فاذا
كان هكذا صار الثاني وصيهما جميعا وقال الفقيه ابو الليث في مختلف الرواية
ولو ان هذا الوصي قال للثاني جعلتك وصيا في تركتي فقد روي عن ابي حنيفة انه
قال هو وصيه في المالين جميعا وروي عن ابي يوسف ومحمد انهما قالا هو وصي في
تركة الثاني خاصة وجه قولهما انه يتصرف بالامر فاختص تصرفه بما خص
بالامر كالوكيل ولابي حنيفة ان تركة موصيه تركته ايضا فللوصي الثاني
ان يتصرف فيهما جميعا ولا يختص تصرفه بنوع دون نوع كما انه لو اوصى اليه في العين
كان وصيا في العين والدين جميعا عند ابي حنيفة رضي الله عنه قوله وعند
الموت كانت له ولاية في التركتين ه اي عند موت الموصي كانت له ولاية في مال
نفسه الذي تركه وفي تركة موصيه فينزل الثاني منزلة الاول في المالين جميعا
فيصح تصرفه فيهما جميعا قوله تلافي ما فرط منه ه اي تدارك ما سبق من
الميت من التقصير ولو قال ما فرط فيه بالتشديد كان اولى اي ما قصر فيه ه
قوله قال ومقاسمة الوصي الموصى له عن الورثة جايزة ومقاسمة الورثة عن الموصى له
باطلة ه اي قال في الجامع الصغير والمقاسمة فعل القسمة بين اثنين وهو ان
يقسم كل واحد منهما مع الاخر شيئا اعلم ان مقاسمة الوصي الموصى له بالثلث نيابة عن

الورثة إذا كانوا صغارا أو كان بعضهم كبيرا غائبا جائزة حتى لو أفرز نصيب الموصى له
بالثلث إياه وأمسك الثلثين للورثة فهلك الثلثان في يده لم يرجع الورثة على الموصى
له بشيء لأن قسمته لما جازت عليهم صار هلاك نصيبهم في يده كهلاكه في أيديهم ولو
كان في أيديهم بعد القسمة لم يرجعوا على الموصى له بشيء فكذا هذا ومقاسمة الوصي الورثة
نيابة عن الموصى له باطلة حتى لو أعطى الورثة نصيبهم وأمسك نصيب الموصى له في
يده وهو الثلث فهلك الثلث في يده كان للموصى له أن يرجع على الورثة بثلث ما في
أيديهم فصار هلاكه بعد قسمة الوصي كهلاكه قبل القسمة ولو هلك شيء قبل القسمة
كان الباقي أثلاثا بين الورثة والموصى له فكذا بعد القسمة لأن قسمته كلا قسمة
ولكن لا ضمان على الوصي لأنه أمين في الحفظ دائم على القبض الأول ووجه
ذلك أن الوارث قائم مقام الميت خلف عنه في أملاكه من كل وجه والوصي نائب
مناب الميت فيكون قائما مقام الوارث في حكم الخلافة فصحت قسمته عليهم ولهذا
يرد الوارث بالعيب ويرد عليه به ويصير مغرورا بشراء المورث فصار هلاك نصيبهم
في يده كهلاكه في أيديهم وأما الموصى له فليس بخلف عن الميت من كل وجه لأن
الوصية تمليك مبتدأ ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب ولا يرد عليه ولا يصير
مغرورا بشراء الموصي فإذا لم يكن الموصى له خلفا عن الميت من كل وجه لم يلزم من
ضرورة كون الوصي قائما مقام الميت أن يكون قائما مقام الموصى له والموصى له لم يفوض
الأمر إلى الوصي فلا تنفذ قسمة الوصي عليه فصار هلاك نصيب الموصى له بعد مقاسمة الوصي
عليه كهلاكه قبل القسمة ولو هلك قبل القسمة كان الباقي مشتركا فكذا بعد القسمة
وقال في كتاب نكت الوصايا ولو كان الوارث كبيرا وهو غائب وأعطى الوصي
صاحب الوصية الثلث وأمسك الثلثين فهلك في يده سلم للموصى له ما أخذ لأن الوارث
الكبير إذا كان غائبا جاز للوصي أن يتصرف في العروض فلما جاز تصرفه جازت قسمته [illegible]

في ذلك أن الوارث يقوم مقام المورث ألا ترى أن المورث إذا باع شيئا في
حياته فوجد المشتري به عيبا كان له أن يخاصم الوارث وليس له أن يخاصم الموصى
له فثبت أن الوارث يقوم مقام المورث والموصى له لا يقوم مقام الموصي ثم وجدنا
أن الوصي وكيل الميت فتجوز قسمته على من قام مقامه وهو الوارث ولا تجوز على الموصى
له فإذا كان هكذا فإذا دفع الثلث إلى الموصى له وأمسك الثلثين للوارث الكبير الغائب
فقد صحت قسمته وصار هلاكه في يده كهلاكه في يد الوارث وأما إذا كان الموصى له
غائبا لا تجوز قسمته عليه لأنه ليس بوكيله قوله فصحت قسمته عليه ه أي على
الوارث إذا كان غائبا قوله لو حضره أي الوارث قوله لما
بيناه ه إشارة إلى قوله لأن القسمة لم تنفذ عليه أي لم تنفذ قسمة الوصي على الموصى له ه
قوله قال وإن كان أوصى الميت بحجة فقاسم الورثة فهلك ما في يده حج عن
الميت من ثلث ما بقي وكذلك إن دفعه إلى رجل ليحج عنه فضاع من يده وقال أبو يوسف
إن كان مستغرقا للثلث لم يرجع بشيء وإلا يرجع بتمام الثلث وقال محمد لا يرجع بشيء ه أي
قال في الجامع الصغير والمسألة مرت في كتاب الحج في باب الحج عن الغير ولكن لا نخلي هذا
الموضع عن البيان قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا وإذا
أحجوا رجلا فسرقت نفقته في الطريق فإن في قول أبي حنيفة يحج بثلث ما بقي من ماله
[illegible] وفي قول أبي يوسف إن بقي من ثلث ماله الحج وإلا فلا وفي قول محمد سواء بقي من
الثلث أو لم يبق لا يعطى مرة أخرى وتفسير ذلك أن رجلا مات وترك أربعة آلاف
فأعطوا ألف درهم فسرقت في الطريق ففي قول أبي حنيفة يجعل كأن الألف لم تكن
ويعطى ثلث ما بقي مرة أخرى وفي قول أبي يوسف لم يبق من ثلث ماله إلا ثلثمائة وثلاثة وثلاثين
وثلث فيعطى ذلك المقدار وفي قول محمد لا يعطى شيئا أما مذهب أبي حنيفة فهو
أن الله تعالى جعل الميراث بعد إنفاذ الدين والوصية وهو قوله عز وجل من بعد وصية

يوصي بها او دين لانه لا بد من انفاذ الوصية الا ترى انه لو كان عليه دين فبعثوا الى الغريم فسرق في الطريق جعل كان الذي سرق لم يكن وبعث مرة اخرى كذلك ههنا الذي سرق كانه لم يكن ومال الميت ما بقي فوجب ان ينفذ الوصية مما بقي واما مذهب ابي يوسف انه لا يجوز ان تنفذ الوصية باكثر من الثلث ولو جعل كما قال ابو حنيفة اذى ذلك الى ان يبطل المال كله في الوصية لانه لو سرق مرة اخرى فيوخذ ثلث ما بقي ثم سرق مرة اخرى فيودي ذلك الى ان يذهب مال الميت كله في الوصية ولا يجوز الوصية باكثر من الثلث والجواب لابي حنيفة ما ذكرنا ان الذي هلك قبل انفاذ الوصية فصار كانه لم يكن ولا ضرر على الوارث لانه يسلم لهم مثلا ما يسلم للوصية واما مذهب محمد فهو ان دفع الوصي بمنزلة دفع الميت ولو ان الميت هو الذي دفع قبل موته الى رجل مالا ليحج عنه فسرق المال لا يوخذ من تركته مرة اخرى كذلك هذا وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وعلى هذا الخلاف لو قال اعتقوا عني نسمة بماية درهم فاشتروها فماتت قبل ان يعتق كان عليهم ان يعتقوا من ثلث ما بقي في ايديهم في قول ابي حنيفة وفي قول ابي يوسف مما بقي من ثلث ما له في ايديهم وفي قول محمد بطلت الوصية قوله فقاسم الورثة اي قاسم الوصي ما في يده اي ما في يد الوصي وهو الثلث المفرز ان دفعه اي دفع الوصي الثلث عنه اي عن الميت من يده اي من يد الرجل الذي دفع اليه الثلث ليحج عنه قوله ان كان مستغرقا للثلث اي ان كان الهالك والا اي وان لم يكن الهالك مستغرقا للثلث قوله فلم تعتبر دونه اي لم تعتبر القسمة بلا اداء الحج وتذكير الضمير الراجع الى التادية على تاويل الاداء قوله قبلها اي قبل القسمة قوله قال ومن اوصى بثلث الف درهم فدفعها الورثة الى القاضي فقسمها والموصى له غايب فقسمته

جايزة اي قال في الجامع الصغير وانما جازت قسمة القاضي لانه نصب ناظرا لامور المسلمين خصوصا في حق الاموات والغيب لعجزهم عن التصرف بانفسهم ومن النظر ان يفرز نصيب الغايب وفايدة الجواز انه لو حضر الغايب وقد هلك نصيبه في يد القاضي ليس له ان يرجع على الورثة بشيء والفرق بين القاضي حيث جازت مقاسمته على الموصى له وبين الوصي حيث لا تجوز مقاسمته على الموصى له ان للقاضي ولاية على الغايب فيما ينفعه ولهذا يملك بيع ما يخشى عليه التلف فكانت قسمته كقسمة الموصى له والوصي لا يملك بيع شيء من مال الموصى له فلم يكن له ولاية عليه اصلا فلم تنفذ قسمته قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير وذكر في السير الكبير ان القاضي لو ميز الثلث من الثلثين ولم يدفع الى واحد من الفريقين شيا حتى هلك احد النصيبين هلك من الجملة وانما تقع قسمة القاضي اذا دفع الى احد الفريقين نصيبه فاما اذا لم يدفع الى احد الفريقين نصيبه لم تتكامل القسمة لان القسمة ينبغي ان يكون بينه وبين الآخر ولا يصلح ان يكون هو بنفسه مقاسما ومقاسما قوله لان الوصية صحيحة ولهذا لو مات الموصى له قبل القبول تصير الوصية ميراثا لورثته قال العتابي في شرحه للجامع الكبير والوصية للغايب صحيحة لان قبوله ليس بشرط قوله قال واذا باع الوصي عبدا من التركة بغير محضر من الغرماء فهو جايز اي قال في الجامع الصغير وصورته محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يموت ويترك عبدا وعليه دين يحيط بماله فيبيع الوصي العبد بغير محضر من الغرماء قال بيعه جايز واراد بذلك الدين على الميت لا على العبد وانما جاز بيع الوصي لانه قايم مقام الميت فلو ان الميت باعه قبل موته وعليه دين في حال مرضه جاز بيعه فكذلك بيع الوصي كالعبد الماذون له يملك بيع ما في يده بغير رضا الغرماء كذا ذكر ابو بكر الرازي في شرح مختصر الطحاوي وهذا

بخلاف العبد المأذون المديون حيث لا يبيعه مولاه او وصيه بغير محضر من الغرما
لان لهم حق الاستسعاء حتى يأخذوا كسبه فيكون البيع مبطلا لحقهم فلهم
ان يبطلوا البيع وهنا حق الغرما في الثمن لا غير فيكون البيع محققا لحقهم لا
مبطلا فكان بيع الوصي بمحضر من الغرماء وغير محضر منهم سواء قوله قال
ومن اوصى بان يباع عبده ويتصدق بثمنه على المساكين فباعه الوصي وقبض الثمن
فضاع في يده واستحق من الوصي ه اي قال في الجامع الصغير وتمامه فيه
ويرجع فيما تركه الميت ه اي الوصي يضمن الثمن للمشتري ويرجع بذلك في جميع التركة
قال الفقيه ابو الليث رحمه الله وكان ابو حنيفة يقول لا يرجع في مال
الميت بشي وروى محمد بن سماعة عن محمد انه قال يرجع في ثلث مال الميت وانما
ضمن الوصي الثمن لانه لما استحق العبد تبين انه قبضه بغير حق فيلزمه الرد
لان العهدة على العاقد لان المشتري انما بذل له الثمن ليسلم له المبيع ولم يسلم
فوجب رده وجه قول ابي حنيفة الاول ان قبض الثمن من حقوق العقد فصار
الوصي في حق القبض كالمالك واذا كان بمنزلة المالك ولحقه الضمان بعمل
عمل لنفسه فلا يرجع بشي الا ترى الى ما قالوا في الجامع الكبير ان رجلا لو وكل
وكيلا بان يشتري له عبدا فاشترى الوكيل العبد وقبضه فهلك العبد في يدي الوكيل
ثم استحق العبد وضمن الوكيل قيمته لا يرجع على الموكل بشي لان الوكيل في حق القبض
كالمالك بدليل ان الموكل لو منعه عن القبض لم يجز واذا لحقه الضمان بعمل
عمل لنفسه لا يرجع بشي فكذلك هذا ووجه ما روي عن محمد انه يرجع في
الثلث لان بيع الوصي كان لتنفيذ الوصية فكان حكمه حكم الوصية والوصية نفاذها
من الثلث ووجه ظاهر الرواية ان الوصي عمل للميت وهو قائم مقامه فاذا لحقه
الضمان بعمل عمله للميت استوجب ما غرمه دينا على الميت ومحل الدين كل المال قالوا

في شروح الجامع الصغير فان كانت التركة قد هلكت او لم يكن بها وفاء لم يرجع على
احد كما لو كان على الميت دين آخر لان البيع لم يقع الا للميت لا للمساكين ولا للورثة
والمسئلة من الخواص وهذا بخلاف القاضي او امينه اذا تولى البيع فاستحق العبد
او مات وقد ضاع الثمن في يده حيث لا يرجع المشتري على القاضي او امينه لانه لا
عهدة عليهما لانه لو وجب الضمان على القاضي او امينه لتقاعد الناس عن عهدة
هذه الامانة خوفا من الضمان فتضيع حقوق المسلمين وقد مر البيان مستوفى في كتاب
ادب القاضي في آخر فصل القضاء بالمواريث قوله يرجع عليه بحكم الغرور
اي يرجع الوصي على الميت لانه غر الوصي حيث قال له بع عبدي بعدي وتصدق
بثمنه على المساكين فلما غره رجع عليه في تركته لانه استوجب دينا عليه ومحل الدين
كل المال قوله قال وان قسم الوصي الميراث فاصاب صغيرا من الورثة
عبد فباعه وقبض الثمن فهلك واستحق العبد رجع في مال الصغير ه اي قال في الجامع
الصغير اعلم ان الوصي اذا باع عبد الصبي لاجل الصبي فقبض الثمن فهلك الثمن
في يده ثم استحق العبد رجع المشتري بالثمن على الوصي لان العهدة على البايع ثم يرجع
الوصي بذلك في مال الصغير لانه باعه لاجله ثم يرجع الصغير على سائر الورثة بحصته
لبطلان القسمة قوله قال واذا احتال الوصي بمال اليتيم فان كان خيرا
لليتيم جاز ه اي قال في الجامع الصغير اعلم ان الوصي اذا احتال اي قبل
الحوالة بمال اليتيم ينظر فان كان المحتال عليه املأ اي اقدر على اداء الدين من
المحيل وهو المديون جاز وان كان المحيل املأ من المحتال عليه لم يجز والاصل
فيه قوله تعالى ولا تقربوا مال اليتيم الا بالتي هي احسن ه وقوله تعالى قل اصلاح
لهم خير فاذا راى الوصي ذلك خيرا لليتيم فهو من الاحسن المامور به فجاز وقال
عليه السلام من احيل على ملي فليحتل كذا ذكر ابو بكر الرازي وهذا لان عوده

ينتظم مال اليتيم وغيره لانه خطاب لمن له حق المطالبة بنفسه ولان الثاني
اذا كان املا من الاول فان في ذلك اصلاحا لليتيم لان الاستيفاء منه ايسر
واذا لم يكن الثاني املا من الاول فلا يكون فيه اصلاح لان فيه ابراء الاول
بغير منفعة وقال الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي اعلم ان الوصي له
ان ياخذ الكفيل بدين الميت لان الكفالة لا توجب براءة الاصيل فيكون فيها
زيادة وثيقة فيجوز وكذلك لو اخذ رهنا بذلك يجوز لان في الارتهان استيفاء
وفي الارتهان ابقاء فيجوز له ان يرتهن من مال الميت بدين على الميت وان يرتهن ولو
احتال بمال اليتيم واخذ كفيلا بشرط براءة الاصيل فانه ينظر ان كان ذلك خيرا لليتيم
جاز وان كان شرا له لم يجز واما الوجه الذي هو خير فهو ما اذا كان
المحتال عليه املا من المحيل فانه يجوز حتى ان الصبي لو ادرك قبل اخذ الدين فليس
له ان ينقض الحوالة واما اذا لم يكن المحتال عليه املا من المحيل فانه لا يجوز
هذا اذا ثبت الدين بمداينة الميت واما اذا ثبت بمداينة الوصي فانه يجوز
سوا كان خيرا لليتيم او شرا له الا انه اذا كان خيرا لليتيم فانه يجوز بالاتفاق
حتى ان اليتيم لو ادرك واراد ان ينقض ذلك فليس له ذلك وان كان شرا له
جاز ذلك ويضمن الوصي لليتيم عند ابي حنيفة ومحمد وعند ابي يوسف لا يجوز اذا
كان شرا وهذا كالاختلاف الذي ذكرنا في البيوع ان الوكيل بالبيع اذا ابرا
المشتري او احتال او اخر فانه يجوز ويضمن عند ابي حنيفة ومحمد كذلك ههنا يضمن
من عند نفسه ثم ياخذ هو من المحتال عليه لنفسه كذا في شرح الطحاوي
قال ولا يجوز بيع الوصي ولا شراؤه الا بما لا يتغابن الناس في مثله ه اي قال في
الجامع الصغير وذلك لان تصرف الوصي مقيد بالنظر ولا نظر في اتلاف المال ولا
يملك الغبن الفاحش لانه منصوب لحفظ المال لا للاتلاف وكان القياس

ان لا يملك الغبن اليسير ايضا الا انه عفي عنه ذلك القدر للعجز عن الاحتراز
قال الفقيه ابو الليث في شرح الجامع الصغير من كان له ولاية البيع
والشراء فباع بالمحاباة او اشترى فهو على ثلث مراتب عند ابي حنيفة في وجه
لا يجوز البيع والشراء الا بمحاباة يتغابن الناس في مثله وفي وجه يجوز بما يتغابن	بن
الناس ولا يجوز بما لا يتغابن الناس اما الوجه الذي يجوز البيع والشراء
فالوصي والاب والجد والقاضي اذا باع مال اليتيم او اشترى ليس لاحد هولاء
ان يبيعوا مال اليتيم ولا مال بيت المال الا بما يتغابن الناس في مثله لان
الوالد تثبت له الولاية من طريق الحكم والحكم لا يوجب الاضرار بالصبي وكذلك
القاضي ولايته من طريق الحكم وكذلك الوصي لانه استفاد ولايته من جهة الاب
ولا يجوز له الا ما يجوز للاب واما الوجه الذي يجوز البيع والشراء
فالعبد المأذون والمكاتب يجوز لهما البيع والشراء بمحاباة قليلة وكثيرة
لان كل واحد منهما مأذون في التجارات كلها اذنا عاما لان الاذن استفيد
من جهة المولى باللفظ واللفظ اجراه على العموم وفي وجه يجوز البيع
ولا يجوز الشرى وهو الوكيل والمضارب والشريك لكل واحد من هولاء ان
يبيع بمحاباة قليلة وكثيرة والشراء لا يجوز الا بما يتغابن الناس في مثله وبه
ناخذ لان الامر انصرف الى البيع المعروف عند الناس وتمام البيان في
المتصرفين بالغبن مر في كتاب الوكالة في فصل البيع من شرحنا هذا ه
قوله والصبي المأذون والعبد المأذون والمكاتب يجوز بيعهم
وشراؤهم بالغبن الفاحش عند ابي حنيفة وذلك لانهم يتصرفون بحكم المالكية
باهليتهم لانفسهم لا بامر الولي والمولى والحجر كان مانعا وبالاذن ارتفع الحجر
لانه فك الحجر فصاروا كالحر البالغ في تصرفهم فملكوا الغبن الفاحش بخلاف الاب

والوصي والقاضي فانهم يتصرفون للغير فيتحرز فيه عن الضرر ووجه قولهما ان
العقد الذي فيه غبن فاحش بمنزلة الهبة فلا يملك ذلك من لا يملك الهبة
قال فخر الاسلام وفصل المكاتب من الخواص قوله قال واذا
كتب كتاب الشراء على وصي كتب كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة
اي قال في الجامع الصغير وقال محمد في اصل الجامع الصغير عن يعقوب
عن ابي حنيفة لا تكتب اذا كتبت شرى فلان وصي فلان ولكن اكتب شهادة
الوصية على حدة قال فخر الاسلام وهذا من الخواص وذلك في بيع الوصي
وشرى الوصي وما اشبه ذلك لان الجمع بينهما يوجب حملا على الكذب والاحتياط
في ذلك ان يكتب في ذلك كتاب الوصية على حدة وكتاب الشراء على حدة لانه
لو كتب كتابا واحدا واشهد عليه شهودا منهم من لم يشهد على الايصاء فعند
اداء الشهادة ربما يشهد بالكل فيكون شاهد زور فيكتب كل كتاب على حدة
احترازا عن الحمل على الكذب وذكر في كتاب الوصايا لا باس بان يكتب
اني اشتريت من فلان وصي فلان لان الوصية لا تظهر غالبا بالمعاينة والشا
وانما تظهر بقول الناس وبقول الوصي اني وصي فلان فلهذا قال لا باس بان
يكتب على هذا الوجه كذا ذكر فخر الدين قاضي خان وقال الفقيه ابو الليث
في شرح الجامع الصغير الوصي اذا باع شيئا فاراد المشتري ان يكتب صكا يكتب اني
اشتريت من فلان ولا يكتب من فلان وصي فلان لانك اذا كتبت من فلان وصي
فلان ثم اردت ان تشهد عليه قوما لا يعرفون انه وصي لم يكتبوا شهادتهم
لانهم يقولون اقرارك على الميت لا يجوز واذا كان يؤدي الى هذا ينبغي
ان يكتب اشترى من فلان بن فلان ثم يكتب وصيته على حدة فاذا اراد ان يشهد
على الشرى قوما يعرفون بانه وصي فلا باس بان يكتب انه اشترى من وصي فلان

وقد ذكر في كتاب الوصايا اشترى من فلان وصي فلان كذا ذكر الفقيه ابو الليث
قوله ثم قيل يكتبه اي القاضي او المشتري قوله لما بيناه اشارة
الى قوله لان ذلك احوط قوله قال وبيع الوصي على الكبير الغائب
جائز في كل شيء الا في العقار اي قال في الجامع الصغير قال في اصل
الجامع الصغير محمد عن يعقوب عن ابي حنيفة في الرجل يموت ويوصي الى رجل ويترك
ابنا كبيرا غائبا قال كل شيء صنعه الوصي فهو جائز الا انه لا يبيع العقار ولا يتجر في
المال وذلك لان الوصي قائم مقام الاب والاب لا يملك بيع العقار على ولده
الكبير فكذلك من انتقلت اليه ولاية الاب وهو الوصي وانما يملك بيع
العروض على الكبير الغائب والقياس ان لا يملكه لان الاب لا يملك
بيع العروض على ولده الكبير فكذلك وصيه وجه الاستحسان ان الوصي
مأمور بحفظ التركة حتى لو ظهر عليه دين يقضي من ذلك وبيع المنقول من باب الحفظ
لان المنقول مما يخشى عليه التلف وقد يكون حفظ الثمن ايسر بخلاف العقار فانه
متحصن بنفسه محفوظ لا يخشى عليه التلف ومن اراد تحصين ماله وحفظه صرفه
في شراء العقار والعروض يسرع اليها التلف وحفظ بدلها من الدراهم والدنانير
ايسر وابعد عن التوى والتلف والفساد وقالوا لو خيف هلاك العقار
او هلاك بنائه يملك الوصي بيعه ايضا على الكبير الغائب لان البيع في مثل هذه الحالة
يكون حفظا ولا يتجر الوصي على الكبير الغائب في ماله لان التجارة يبتغى
بها الربح دون الحفظ فلا يملك وقال في الجامع الصغير وقال يعقوب
ومحمد وصي الاخ والام والعم في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الاب في الكبير
الغائب يعني لهؤلاء وصيهم يملك بيع العروض ولا يملك بيع العقار يريد به فيما ترك
الاخ والام والعم وهذا لان الوصي قائم مقام الموصي والاخ والام والعم

لا يملكون التصرف في مال الصغير فكذلك من قام مقامهم إلا ما كان من باب
الحفظ حتى ملكوا شراء الطعام والكسوة للصغير لأن ذلك من جملة حفظ الصغير
فلو كان للصغير مال آخر لا من تركة الأخ والأم والعم فوصيهم لا يملك حفظ
ذلك المال لأن ولاية الحفظ مقصورة على تركة الموصي كذا في شروح
الجامع الصغير وجملة القول هنا ما قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت
الوصايا وإذا باع الوصي التركة فإن هذه المسألة على وجوه إما أن يكون الورثة
كلهم كبارا أو يكون كلهم صغارا وإما أن يكون بعضهم صغارا وبعضهم كبارا
وإما أن يكون الميت أوصى لرجل بشيء من الدراهم أو كان عليه الدين فأما
إذا كانت الورثة كلهم كبارا ولا دين على الميت ولا وصية فإن كانوا حضورا فليس
له أن يبيع شيئا من المال لأنه لا ولاية له في نصيب الكبار وإن كانوا غيبا فله
أن يبيع العروض وليس له أن يبيع العقار لأن للوصي ولاية الحفظ والتحصين
حتى يسلم إلى الكبار وبيعه من التحصين لأن حفظ الثمن أيسر من حفظ العروض وأما
العقارات فمحصنة بنفسها فلا يحتاج إلى بيعها للتحصين وأما إذا كانت
الورثة كلهم صغارا وهم حضور أو غيب فله أن يبيع نصيبهم لأنه قام مقام
الأب ويجوز للأب أن يبيع مال الصغار إذا رأى في البيع صلاحا لهم عروضا كان
أو عقارا فكذلك الوصي الذي قام مقامه أما إذا كانت الورثة بعضهم
صغارا وبعضهم كبارا في قول أبي حنيفة له أن يبيع نصيب الصغار والكبار العروض
والعقار جميعا وفي قول أبي يوسف ومحمد له أن يبيع نصيب الصغار العروض والعقار
وليس له أن يبيع نصيب الكبار إذا كان الكبار حضورا فإذا كانوا غيبا فله
أن يبيع العروض خاصة نصيب الصغار والكبار ولا يبيع العقار إلا نصيب الصغار
وأما مذهب أبي حنيفة أن الوصي مأمور بجميع بيع التركة من طريق الدلالة لأنه

عم

أمر بالإصلاح وفي البيع إصلاح الفريقين لأنه إذا باع البعض كان في ذلك ضرر بالصغار
والكبار جميعا فالكبار في امتناعهم متعنتون مضارون بأنفسهم وبالصغار فامتناعهما
باطل ويجوز بيعه إذا كان في بيع الجملة إصلاح للفريقين جميعا وأما مذهبهما
وهو القياس أن الوصي قام مقام الصغار فلو كبر الصغار لا يجوز لهم إلا بيع نصيبهم
فكذلك الوصي وبهذا القول نأخذ والجواب لأبي حنيفة أن الصغار إذا كبروا
فليست لهم ولاية في نصيب الكبار وهم غير مأمورين ببيع نصيبهم لا دلالة ولا
إفصاحا وأما الوصي مأمور ببيعه من طريق الدلالة ولو كان على الميت دين
أو أوصى بشيء من الدراهم وليس في التركة دراهم والورثة كبار حضور في قول
أبي حنيفة يجوز بيع جميع التركة وفي قولهما لا يجوز إلا بيع حصة الدين أما
مذهب أبي حنيفة فإن كل جزء من أجزاء المال مشغول بالدين بدليل أنه لو هلك
بعض المال وجب قضاء الدين من البقية فثبت أن كل جزء من أجزاء المال مشغول
بالدين فله أن يبيع جميع المال وأما مذهبهما فهو أنه إنما يبيع لأجل الدين فوجب
أن لا يجوز بيعه إلا بمقدار الدين وقال الفقيه أبو الليث أيضا في آخر
كتاب نكت الوصايا أن وصي الأم ليس له أن يبيع العقار وله أن يبيع العروض
إذا كانت الورثة صغارا أو كبارا وهم غيب وكذلك وصي العم ووصي الأخ ونحو ذلك
ليس لأحد من هؤلاء حق التصرف في العقار ولهم حق التصرف في العروض التي ورث
من الأم خاصة أو من الأخ أو من العم وليس لأحد منهم أن يتصرف بما ورث من غير
الذي أوصى إليه وأما وصي الأب فله حق التصرف في العروض والعقار سواء ورث
من أبيه أو من غيره إذا كانت الورثة صغارا وأما إذا كانت الورثة كبارا
وهم غيب فليس له أن يتصرف إلا في العروض خاصة لأن له ولاية الحفظ وبيع
العروض للحفظ والعقارات محصنة بنفسها فلا يحتاج إلى الحفظ وكذا وصي الأم والعم

والأخ فيما ورث من الذي أوصى إليه صار حكمه في ذلك حكم وصي الأب في الكبار إذا كانوا غيبا والله أعلم قوله وقالا وصي الأخ في الصغير والكبير الغائب بمنزلة وصي الأب في الكبير الغائب ه أي قال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله ولا خلاف في هذه المسألة وإنما خص ذكرهما في الجامع الصغير لأنه روي عنهما ولم يرو عن أبي حنيفة كذا قال الفقيه أبو الليث في شرح الجامع الصغير وقد ذكرنا في البيان قوله قال والوصي أحق بمال الصغير من الجد ه أي قال في الجامع الصغير وعند الشافعي الجد أولى لأن الشرع أقام الجد مقام الأب عند عدمه ولهذا لو مات الأب ولم يوص إلى أحد كانت الولاية للجد ولنا أن ولاية الأب انتقلت إلى الوصي بالإيصاء والأب مقدم على الجد فكذا من انتقلت الولاية إليه فكان تقديم الوصي على الجد كتقديم الأب عليه لأن الوصي قائم مقامه تحقيقه أن اختيار الأب الوصي مع وجود الجد دليل على أن الوصي أنظر للأولاد وهذه الولاية نظرية فيكون الوصي أولى من الجد قال الكرخي في مختصره وإذا مات الرجل ولم يوص إلى أحد وله أب وولد صغار والأب مأمون فالأب في ذلك بمنزلة الوصي الذي يوصي إليه الأب فإن مات الجد فأوصى إلى رجل جاز ذلك وكان وصي الجد بمنزلة وصي الأب إذا لم يكن للأب وصي فإن كان له وصي فوصي الأب أولى من الجد وكذلك وصي وصي الأب أولى من الجد وهذا قول أصحابنا جميعا إلى هنا لفظ الكرخي قوله لما بينا ه إشارة إلى قوله ولنا أن بالإيصاء تنتقل ولاية الأب إليه والله أعلم

فصل في الشهادة

وإنما أخر ذكر الشهادة في الوصية لكونها عارضة غير أصلية لأن الأصل عدم العارض قوله وإذا شهد الوصيان أن الميت أوصى إلى فلان معهما فالشهادة باطلة وقال محمد في أصل الجامع الصغير عن يعقوب عن أبي حنيفة في الوصيين يشهدان أن الميت أوصى إلى هذا معهما قال إن ادعى ذلك فشهادتهما جائزة وإن أنكر ذلك فشهادتهما باطلة وكذلك الوارثان يشهدان بذلك ه قالوا في شروح الجامع الصغير وهذا استحسان والقياس أن لا يقبل وإن ادعى المشهود له ذلك وجه القياس أن هذه الشهادة قامت للشاهد أو لابنه فبطلت وجه الاستحسان أن القاضي يملك نصب الوصي إذا كان طالبا والموت معروفا فلا يثبت للقاضي بهذه الشهادة ولاية لم تكن وإنما أسقطا عنه مؤنة التعيين ومثاله أن القرعة ليست بحجة ويجوز استعمالها في تعيين الأنصباء لدفع التهمة عن القاضي فصلحت دافعة لا موجبة فكذلك هذه الشهادة ترفع عنه مؤنة التعيين وإذا كان غير طالب والموت غير معروف لم يكن للقاضي ولاية نصب الوصي إلا بهذه البينة فتصير موجبة فتبطل يعني التهمة إلا في غريمين عليهما دين لأن اعترافهما على أنفسهما بثبوت ولاية القبض جائز فانتفت التهمة عن شهادتهما بخلاف مسألة التوكيل إذا شهدا أن فلانا يقبض ديونه بالكوفة فالشهادة باطلة لأن القاضي لا يملك نصب الوكيل عن الغائب فإذا لم يكن مالكا فلو ثبتت ثبتت بهذه الحجة وهذه حجة فيها تهمة فبطلت وجملة الكلام فيه ما قال الفقيه أبو الليث في كتاب نكت الوصايا بقوله وإذا أوصى الرجل إلى رجلين فشهد الوصيان أن الميت قد أوصى إلى فلان معهما فشهادتهما جائزة وهذا استحسان وكذلك إذا شهد الوارثان والموصى لهما أو الغريمان اللذان للميت عليهما دين فالجواب في هذه الفصول الخمسة واحد أن شهادتهما لا تقبل في القياس وفي الاستحسان تقبل إذا كان الموت ظاهرا وإن لم يكن الموت ظاهرا لا تقبل إلا في الغريمين

الذين عليهما دين أما وجه القياس فهو ان في شهادتهما جر مغنم
لان الوصيين اذا كان معهما ثالث يكون لهما منفعة وكذلك الوارثان
او الغريمان يكون لهما منفعة ألا ترى انهما لو شهدا في حال حيوته
بالوكالة لا تقبل شهادتهما فكذلك تقبل القضاء لان في ذلك تسبب براءتهما
اذا قضيا الدين وأما وجه الاستحسان فهو ان القاضي لو ابطل شهادتهما
يحتاج الى ان ينصب له وصيا لان القاضي لا ينبغي له ان يعطل امور الميت وقد
اقر الوصيان انه ليس لهما حق التصرف الا ان يكون معهما ثالث فاذا كان
الامر هكذا ينبغي ان يستحسن وتقبل شهادتهما لانه لو لم تقبل شهادتهما
يحتاج الى ان يضم اليهما ثالثا فلا فائدة في ابطال شهادتهما وأما
اذا لم يكن الموت ظاهرا فهذا المعنى لا يوجد فيه فيؤخذ فيه بالقياس الا الغريمين
الذين عليهما دين لانهما يشهدان على انفسهما في الظاهر فلا تهمة في شهادتهما
قوله وهذا استحسان وهو في القياس كالاول ه اي قبول شهادة
الوصيين لآخر انه وصي معهما اذا ادعى المشهود له ذلك استحسان وفي
القياس لا تقبل الشهادة كما اذا انكر المشهود له ذلك وهذا معنى قوله كالاول
قوله ولو شهدا يعني الوصيين لوارث صغير بشيء من مال الميت او غيره
فشهادتهما باطلة ه قال محمد في الجامع الصغير عن يعقوب عن ابي حنيفة
في الوصيين يشهدان لوارث صغير بشيء من مال الميت او بغير مال الميت ان ذلك
باطل وان شهدا لوارث كبير بشيء من مال الميت لم تقبل وبشيء من غير مال الميت
تقبل وقال ابو يوسف ومحمد تقبل الشهادة للكبير في مال الميت ايضا
اما الشهادة للصغير فلانهما شهدا لانفسهما بحق التصرف وللوارث بالملك فبطلت
الشهادة كلها رجلين يشهدان ان لنا ولهذا المدعي على هذا الف درهم فالشهادة

كلها باطلة لان شهادة المتهم لا تقبل وشهادة الخصم لا تقبل فكذلك ههنا
واما الشهادة للكبير فوجه قولهما انهما اجنبيان عن المشهود له فوجب
القبول كما في غير مال الميت وهذا لانهما ليسا خصمين وليس لهما حق التصرف
في ذلك فعريت الشهادة عن التهمة فقبلت ولابي حنيفة ان الوصيين
متهمان في هذه الشهادة لانهما يوجبان حق الحفظ لانفسهما لان حفظ مال
الميت في حق الكبير اذا غاب فيتوهم عود الولاية عليه اذا جاز عنه فلا
تقبل شهادتهما كالمودعين اذا شهدا بملك الوديعة للمودع كذا قال فخر الاسلام
البزدوي رحمه الله **قوله** تجوز في الوجهين ه اي تجوز شهادة الوصيين
لوارث كبير في مال الميت وفي غير مال الميت **قوله** واذا شهد الرجلان
لرجلين على ميت بدين الف درهم وشهد الاخران للاولين بمثل ذلك جازت
شهادتهما فان كانت شهادة كل فريق للآخر بوصية الف درهم لم تجز وهذا
قول ابي حنيفة ومحمد وقال ابو يوسف لا تقبل في الدين ايضا وهكذا ذكر
محمد الخلاف في الجامع الصغير وقال فخر الاسلام في شرحه للجامع الصغير
وذكر الخصاف في ادب القاضي ان على قول ابي حنيفة وابي يوسف لا تقبل
الشهادة بالدين وقال محمد تقبل والذي ذكره الخصاف مذكور في الامالي
عن ابي حنيفة وابي يوسف ذكره بشر في الامالي ايضا عن كل واحد منهما روايتان
وجه الرواية التي حكم فيها بالرد ان الدين متعلق بالتركة على سبيل
الشركة فصار بمنزلة الوصايا بالشركة ووجه الرواية الاخرى ان الدين
انما يحل الذمة ولا شركة في ذلك اصلا وانما الاستيفاء من تركته فوقعت الشهادة لغير
الشاهد فقبلت بخلاف الوصية لان الحق بالوصية لا يثبت في الذمة وانما يثبت
في العين فصار المال مشتركا بينهم كذا ذكر فخر الاسلام وغيره وهنا ثلثة

فصول ذكرها شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي احدها لا تقبل الشهادة
بالاتفاق وهو ان يشهد رجلان لرجلين بوصية الميت لهما بالثلث ويشهد المشهود
لهما للشاهدين بالثلث وهذا لان الثلث مشترك بين الموصى لهم فشهادة
كل فريق لاقت محلا مشتركا بين المشهود له والشاهد وفي الوجه الثاني الشهادة
مقبولة بالاتفاق وهو ان يشهد الرجلان ان الميت اوصى لهما بهذا العبد ويشهد
الآخران ان الميت اوصى للشاهدين بهذه الجارية فالشهادة تقبل لان كل واحد من
الفريقين تثبت الحق للمشهود لهما في محل لا شركة لهما في ذلك المحل والفصل
الثالث على الخلاف وهو فصل الدين فابو يوسف يقول حق الغرماء بعد الموت
يتعلق بالتركة ولهذا لا يثبت الملك للوارث ولا ينفذ تصرفه فيها اذا كان
الدين محيطا بها فشهادة كل فريق تلاقي محلا مشتركا فهو نظير مسئلة الوصية بالثلث
وهذا لان المقصود من اثبات الدين بعد الموت الاستيفاء من التركة
باعتبار المقصود تتحقق الشركة بينهم فيه وابو حنيفة ومحمد قالا كل
فريق انما يشهد للفريق الآخر بالدين في ذمة الميت ولو شهد بذلك في حيوته
كانت الشهادة مقبولة فكذلك اذا شهدا به بعد موته وهذا لان الدين
لا يتحول من الذمة الى التركة الا ترى ان التركة لو هلكت لا يسقط
شيء من الدين وان للوارث ان يستخلص التركة لنفسه بقضاء الدين من محل آخر فلا
تتحقق الشركة بينهم ههنا بخلاف الوصية بالثلث فان حق الموصى له يثبت في
عين التركة حتى لا يبقى بعد هلاك التركة فلو اراد الوارث ان يستخلص التركة
لنفسه ويقضي الموصى له حقه من محل آخر لم يكن له ذلك فكانت الشركة بينهم ثابتة
في التركة باعتبار شهادتهما وتمام البيان فيه ما قال الفقيه ابو الليث
في كتاب نكت الوصايا واذا شهد اربعة نفر شهد هذان لهذين وهذان لهذين على

الميت فان هذا على ثلاثة اوجه في وجه تقبل شهادتهما بالاتفاق وفي وجه لا
تقبل بالاتفاق وفي وجه اختلفوا فيه فاما الذي لا تقبل شهادتهما بالاتفاق
اذا شهد شاهدان ان الميت اوصى لهذين بثلث المال وشهد شاهدان لهذين ان الميت
اوصى له بثلث المال او بربع المال او بسدس المال فشهد كل فريق بذلك لصاحبه لا
تقبل شهادتهم لان كل فريق شهد على شيء له فيه حق الشركة لانه لو جازت شهادتهم
صار الثلث بينهم بالشركة فثبت ان كل فريق شهد على شيء له فيه شركة فصار متهما
في شهادته واذا صار متهما لا تقبل شهادته واما الوجه الذي جازت شهادتهما تهما
بالاتفاق اذا شهد هذان لهذين بوصية عبد بعينه وشهد هذان لهذين بوصية
ثوب او جارية او غير ذلك بشيء بعينه جازت شهادتهم لان كل فريق شهد على شيء
لا يثبت له فيه شركة فلا تهمة في شهادتهما واما الوجه الذي اختلفوا فيه
اذا شهد هذان لهذين على الميت بدين وشهد هذان لهذين على الميت بدين آخر في
قول ابي حنيفة ومحمد جازت شهادتهما وفي قول ابي يوسف لا تقبل اما مذهب
ابي حنيفة ومحمد فهو ان كل واحد من الفريقين شهد للفريق الآخر بدين لا شركة له فيه
لان كل دين وجب على حدة ولم يكن في اصل الدين شركة الا ترى ان
اجنبيا لو تبرع بقضاء دين احد الفريقين ليس للفريق الآخر ان يشاركه فاذا كان الامر
هكذا فلا تهمة في شهادتهما وصار كما قلنا في الوصية بعينها وليس كالوصية
بالثلث لان هناك شهدا على شيء هما فيه شريكان وشهادة الشريك لا تقبل
والدين لا شركة بينهما فيه واما مذهب ابي يوسف فهو انه تقع الشركة
فيما بينهما في المستقبل بدليل ان احد الفريقين لو قبض من مال الميت شيئا كان
للفريق الآخر ان يشاركه واسباب الجرح اذا ظهرت في المستقبل كان كانها كانت
موجودة في الابتداء فاذا كان الامر هكذا تمكنت التهمة في شهادتهما والجواب

لأبي حنيفة ومحمد ان الشركة بينهما في الاقتضاء والاقتضاء يتأخر عن الوجوب فحين قضى القاضي لا شركة بينهما وانما تعتبر الشركة وقت القضاء ووقت القضاء لا شبهة في شهادتهما وكذلك لو شهد ابنا هذين لهذين وابنا هذين لهذين فهي على هذه الوجوه التي ذكرنا قوله وابو حنيفة فيما ذكر الخصاف مع ابي يوسف يعني لا تقبل الشهادة عند ابي حنيفة في الدين ايضا كما قال ابو يوسف قوله وعن ابي يوسف مثل قول محمد يعني تقبل الشهادة في الدين ايضا عند ابي يوسف كما قال محمد ولا تقبل الشهادة في الوصية بالف درهم مرسلة بالاتفاق والحاصل ان قول كل واحد من ابي حنيفة وابي يوسف اضطرب فحصل من كل روايتان وقول محمد مستقر لا اضطراب فيه فلاجل هذا قال في المتن وعن ابي يوسف مثل قول محمد ولم يقل مثل قولهما لاضطراب قول ابي حنيفة قوله لأن الشهادة في هذه الصورة مثبتة للشركة وذلك لانهم يشتركون في ثلث العبد والله اعلم قال العبد الضعيف ابو حنيفة امير كاتب بن امير عمر العميد المدعو بقوام الفارابي الاتقاني غفر الله له ولوالديه احمد الله تعالى حمدا كثيرا طيبا مباركا على بلوغي آخر كتاب الوصايا من الشرح المسمى بغاية البيان يوم الثلثا من ذي القعدة من سنة سبع واربعين وسبعمائة وقد طالت المدة في الشرح بسبب العلائق والعوائق ونكبات الزمان وبقيت في عمل الشرح ستا وعشرين سنة وسبعة اشهر وثمانية ايام وكان افتتاح الشرح غرة شهر ربيع الآخر من سنة احدى وعشرين وسبعمائة ولم آل جهدي في بيان المنقول والمعقول وحل اللفظ وغير ذلك وليس الخبر كالمعاينة وكل ذلك من فضل الله عز وجل ذلك فضل الله يؤتيه من يشاء ومع هذا لا يخلو كتابي عن حاسد او معاند مكابر للحق يزدريه او يزري به ه

فان تجد عيبا فسد الخللا ،، فجل من لا عيب فيه وعلا ه

وما كان غرضي من التطويل الا ابانة الفائدة لطالبي التحقيق والحمد لله رب العالمين وصلواته على خير البرية محمد وآله وصحبه اجمعين

كتاب الخنثى

اخر كتاب الخنثى لوقوع الخنثى نادرا لأن الأصل ان يكون لكل شخص آلة واحدة اما آلة الرجل واما آلة الانثى واجتماع الآلتين في شخص واحد في غاية الندرة ولكن قد يقع ذلك فيحتاج الى بيان حكمه فلاجل هذا ذكره وأخره عن سائر الكتب لندرته وقلة الاحتياج الى بيانه ه

فصل في بيانه اي بيان الخنثى

قوله قال واذا كان للمولود فرج وذكر فهو خنثى فان كان يبول من الذكر فهو غلام وان كان يبول من الفرج فهو انثى اي قال القدوري في مختصره وتمامه فيه وان كان يبول منهما والبول يسبق من احدهما نسب الى الاسبق فان كانا في السبق سواء فلا معتبر بالكثرة عند ابي حنيفة وقال ابو يوسف ومحمد ينسب الى اكثرهما بولا الى هنا لفظ القدوري رحمه الله اعلم ان الله تعالى خلق ذكورا واناثا كما قال تعالى خلقكم من نفس واحدة ثم جعل منها زوجها وبث منهما رجالا كثيرا ونساء وقال تعالى يهب لمن يشاء اناثا ويهب لمن يشاء الذكور ثم بين حكم الذكور والاناث في كتابه ولم يبين حكم شخص له آلة ذكر وآلة انثى فعلم ان الشخص اما ان يكون ذكرا واما انثى ولا يكون الشخص الواحد ذكرا وانثى جميعا ثم قد يقع الاشتباه في انه ذكر او انثى بمعارضة الآلتين احديهما بالاخرى الى ان ترجح احديهما بمرجح نحو خروج البول فان لم ترجح بقي مشكلا وقد يقع الاشتباه لعدم آلة التمييز اصلا بان يولد ولد ليس له آلة

الذكر ولا آلة الانثى وهذا ابلغ وجهي الاشتباه ولهذا ابدا محمد كتاب الخنثى
به وروى الشعبي انه سئل عن مولود ليس بذكر ولا انثى وليس له ما
للانثى وليس له ما للذكر يخرج من سرته كهيئة البول الغليظ فسئل عن ميراثه
فقال عامر له نصف حظ الذكر قال محمد وهذا عندنا والخنثى
المشكل في امره سواء يريد به اذا مات قبل ان يدرك فيتبين حاله بنبات
اللحية او بنبات الثديين والاصل في اعتبار المبال ما روى محمد في
اول كتاب الخنثى عن ابي يوسف عن الكلبي عن ابي صالح عن ابن عباس رضي الله عنهما
عن رسول الله صلى الله عليه وسلم انه سئل عن مولود ولد في قوم له ما للمراة
وما للرجل كيف يورث فقال قال رسول الله صلى الله عليه وسلم من حيث يبول
وهكذا روي عن علي وجابر بن زيد رضي الله عنهما وعن قتادة وعن سعيد بن المسيب
انه يورث من حيث يبول ولان ما يقع به الفصل بين الذكر والانثى
عند الولادة الآلة في الآدمي وفي سائر الحيوانات وعند انفصال الولد من
الام منفعة تلك الآلة خروج البول منها وما سوى ذلك من المنافع يحدث بعد
ذلك فعلم ان المنفعة الاصلية للآلة مبال فمن ايهما بال يعتبر ذلك الآ
المجرى الاصلي دون غيره فاذا بال منهما يعتبر السبق لان السبق من اسباب
الترجيح فدل السبق على انه هو المجرى الاصلي وخروجه بعد ذلك من موضع
آخر انصراف عن المجرى لعلة او عارض فلا يلتفت اليه ولانه كما خرج من
احدهما حكم باعتباره فبعد ذلك لا يتغير ذلك الحكم بخروجه من الموضع الآخر كرجل
اقام بينة على نكاح امراة وقضي له بها ثم اقام الآخر البينة لا يلتفت الى البينة الثا
وكذلك لو ادعى نسب مولود واقام البينة وقضي له به ثم ادعاه آخر واقام البينة
لا يلتفت الى ذلك وان كان يبول منهما جميعا معا قال ابو حنيفة لا علم لي

بذلك وقال ابو يوسف ومحمد يورث من اكثرهما بولا هكذا ذكر الحاكم
والقدوري ايضا وقال الطحاوي في مختصره وان بال منهما جميعا معا
فان ابا يوسف قال لا علم لي به وقال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر
الطحاوي وروي عن ابي يوسف انه من اكثرهما بولا يورث ثم قال ابو بكر
وذكر محمد في كتاب الدعوى انه اذا بال منهما قضيت به لاول ما يبول منه
ولم يذكر فيه خلافا ثم قال فان بال منهما جميعا لا يسبق واحد منهما صاحبه
قضي به للاكثر في قول ابي يوسف ومحمد وفي قول ابي حنيفة لا حكم للاكثر
فجعله مشكلا مع كثرة احد البولين الى هنا لفظ ابي بكر الرازي رحمه الله
وجه اعتبار الكثرة ان الكثرة دليل قوة ذلك المجرى وكونه عضوا
اصليا فالظاهر ان الذي يخرج منه البول هو المبال والحكم للمبال
وابو حنيفة لم يعتبر كثرة البول لانه قد يقل ويكثر لاجل ضيق المخرج
وسعته لان مخرج بول النساء اوسع من مخرج بول الرجال فلم يكن فيها دلالة
على حاله في الذكورة والانوثة وقال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي
ان ابا حنيفة استقبح الترجيح بالكثرة على ما يحكى عنه ان ابا يوسف لما قال بين
يديه يورث من اكثرهما بولا وقال يا ابا يوسف هل رايت قاضيا يكيل البول
بالاواقي فقد استبعد ذلك لما فيه من القبح وتوقف في الجواب لانه لا طريق
للتمييز بالرجوع الى المعقول ولم يجد فيه نصا فتوقف وقال لا ادري وهذا
من علامات فقه الرجل وورعه ان لا يتخبط في الجواب على ما حكي عن ابن عمر ان
رضي الله عنهما سئل عن مسئلة فقال لا ادري ثم قال بخ بخ لابن عمر سئل عما لا
يدري فقال لا ادري وكذلك ابو يوسف ومحمد قالا اذا استويا في القدر لا علم
لنا بذلك ولم ينقل عن احد منهم انه علم ذلك ووقف فيه على دليل ليكون قول

ابي حنيفة واصحابه لا علم لنا به موجبا نقصا فيهم **قوله** قال واذا بلغ الخنثى
او خرجت له لحية او وصل الى النساء فهو رجل ه اي قال القدوري في مختصره يعني
ان الاشكال انما يكون في حال صغر الخنثى فاذا بلغ فلا بد من ان يظهر فيه احدى
العلامات غالبا ه اما علامة الرجل واما علامة الانثى فان جامع بذكره او خرجت
له لحية او احتلم كما يحتلم الرجل فهو رجل وقوله في ذلك مقبول لانه امر في باطنه
لا يعلمه غيره وقول الانسان مقبول فيما يخبر عما في باطنه مما لا يعلمه غيره
وان كان له ثديان مثل ثدي المراة او رأى حيضا كما ترى النساء او كان يجامع
كما تجامع المراة وظهر به حبل او نزل له في ثديه لبن فهو امراة لان هذه علامات
الفصل للبلوغ فيما يختص احد الصنفين من الاخر وان لم يظهر بعد البلوغ شيء من هذه
العلامات بان يوجد فيه علامة الرجل وعلامة المراة جميعا فهو خنثى مشكل
وحكمه يذكر في هذا الفصل ه

فصل في احكامه

اي احكام الخنثى المشكل وهو الذي لم يظهر فيه احدى العلامات او تعارضت العلامات
وتذكير الضمير الراجع الى الخنثى لتغليب الذكر على الانثى لان فيه جهة الذكورة وجهة
الانوثة الا ترى انه لو لم يكن حاله كذلك لم يكن مشكلا ولان
التذكير هو الاصل لان حواء خلقت من ضلع آدم عليه السلام كذا قالوا
في تفسير قوله تعالى خلقكم من نفس واحدة ثم الاصل في حكم الخنثى المشكل
ان يؤخذ فيه بالاحتياط كما في المسائل المذكورة بعد هذا **قوله** قال اذا
وقف خلف الامام قام بين صف الرجال والنساء ه اي قال القدوري في مختصره
قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ويكون خلف صف الرجال امام
صف النساء لانه تمام الاحتياط فيه فانه ان كان رجلا فوقوفه في صف النساء

يفسد صلاته وان كان امراة فوقوفها في صف الرجال يفسد صلاة من عن
يمينها وعن يسارها ومن خلفها من الرجال بحذائها لان المراهقة في هذا
كالبالغة استحسانا فاذا وقف خلف صف الرجال امام صف النساء
يتيقن بجواز صلاتها وصلاة جميع القوم وان وقف في صف النساء فاحب
الي ان يعيد الصلاة كذا قال محمد في الاصل وذلك لان سبب وجوب الصلاة
عليه معلوم والسقوط بهذا الاداء مشتبه والاخذ بالاحتياط في باب
العبادات واجب الا انه لم يلزمه الاعادة قطعا لان المسقط وهو الاداء
معلوم والمفسد وهو محاذاة المراة الرجل في صلاة مشتركة موهوم فللتوهم
احب له ان يعيد الصلاة قال وان قام في صف الرجال فصلاته تامة
لانا نتيقن بجواز صلاته ذكرا كان او انثى ويعيد الذي عن يمينه وعن يساره
والذي خلفه بحذائه صلاتهم على طريق الاستحباب لان محاذاة المراة الرجل
في حقهم موهوم ومبنى العبادة على الاحتياط فيستحب لهم ان يعيدوا الصلاة
لهذا **قوله** قال واحب الينا ان يصلي بقناع ه ولفظ قال لم يقع
موقعه لانه انما يقول بلفظ قال اذا كانت المسئلة مذكورة في البداية مسندة
اما الى محمد واما الى القدوري وهذه لم تذكر في البداية وانما
هي من مسائل وقال في الاصل وان يصلي بقناع احب الي وذلك لانه
اقرب الى الستر ولانه ان كان رجلا فالتقنع لا يمنع جواز صلاته وان كانت
انثى فانها تؤمر بالتقنع في صلاتها اذا كانت مراهقة فعند الاشتباه يترجح هذا
الجانب كذا في شرح الكافي **قوله** ويجلس في صلاته جلوس المراة وهي
من مسائل الاصل ذكرها بسبيل التفريع وفسر ذلك شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي بقوله معناه ان يخرج رجليه من جانب ويفضي باليتيه الى الارض

لانه اقرب الى الستر ولان الرجل لا باس بان يجلس كذلك عند العذر
واشتباه الحال من ابين الاعذار **قوله** وان صلى بغير قناع امرته ان يعيد
لاحتمال انه امراة وهو على الاستحباب وان لم يعد اجزاه وذلك لان
فساد الصلاة بلا قناع موهوم فللتوهم استحب له ان يعيد الصلاة كما اذا وقف
في صف النساء وان لم يعد اجزاه قال بعضهم في هذا المقام لا يتصور
بقاؤه مشكلا بعد البلوغ قلت هذا كلام بلا فكر لانه بعد البلوغ اذا لم
تظهر احدى العلامات او تعارضت كان مشكلا وبه صرح القدوري
وصاحب الهداية قبيل هذا الفصل **قوله** ويبتاع له امة تختنه ان كان
له مال وهذا لفظ القدوري في مختصره وتمامه فيه فان لم يكن له مال
ابتاع له الامام من بيت المال فاذا ختنته باعها اي باعها ورد ثمنها في بيت
مال المسلمين وبه صرح الطحاوي في مختصره وعلل صاحب الهداية
في وجه ابتياع الامة بقوله يباح لمملوكته النظر اليه رجلا كان او امراة واعترض
بعضهم في شرحه وقال هذا صحيح في حق الرجل ولكن هو فاسد في حق
المراة لان الامة لا يباح لها النظر الى مواضع العورة من سيدتها يعني ان
المراة لا يحل لها النظر الى سيدتها الا الى ما يجوز للرجل ان ينظر اليه من نظرها الى المراة
الرجل وفيه نظر لان ذلك في حالة الاختيار لا في حالة العذر
ولهذا اذا اصاب المراة قرح او جرح في موضع لا يحل للرجل النظر اليه تداويه
المراة وكذا نظر القابلة الى فرج المراة وقت الولادة يحل وكذا نظر المراة الى فرج
المراة لمعرفة بكارتها في امراة العنين يحل وكذا اذا اشترى امة على انها بكر فقبضها
فقال وجدتها ثيبا ينظر اليها النساء ذكرها الكرخي في مختصره في كتاب الحظر
والاباحة فاذا جاز النظر بالعذر فاقامة السنة ايضا عذر جاز لها ان تنظر الى

فرجها وقال شمس الائمة في شرح الكافي ويكره ان تختنه رجل او امراة
حتى يبلغ ويستبين امره لان المراهق بمنزلة البالغ في وجوب ستر عورته ونظر
الجنس الى خلاف الجنس لا يباح في حالة الاختيار وسوآء ختنه رجل او امراة
يتوهم نظر خلاف الجنس ولكن يشترى له امة عالمة بذلك لتختنه لانه يملكها
بالشراء حقيقة فان كان الخنثى امراة فهذا نظر الجنس الى الجنس وان كان
رجلا فهذا نظر المملوكة الى مالكها قال الحاكم الشهيد قال محمد وان
كان معسرا اشترى له الامام جارية بمال بيت المال فتختنه ثم باعها وجعل
ثمنها في بيت المال قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي وابو حنيفة
وابو يوسف لا يخالفان محمدا في هذا ولكنه خص قوله لانه لم يحفظ جوابهما
ثم قال بيت المال معد لمصالح المسلمين وفي ذلك مصلحة ولا ضرر على بيت المال
فيه فكان للامام ان يحصل ذلك بمال بيت المال وقال ابو جعفر الطحاوي
في مختصره وسمعت ابن ابي عمران يقول القياس عندي في الخنثى اذا احتاج الى
الختان ان يزوجه الامام امراة فان كان ذكرا كانت زوجته وختنته وان
كان انثى كان مباحا لها ذلك قال ابو بكر الرازي في شرحه لمختصر
الطحاوي ما حكاه ابو جعفر عن اصحابنا هو اصح من ذلك اي اصح مما ذكره
رت ابن ابي عمران قال لانا اذا زوجناه كان عقد النكاح مشكوكا فيه فان صارت
المراة معلقة لا يمكنها الخلاص منه ولا يتقرر ايضا وجوب المهر بالعقد ولا وجوب
الميراث ان مات وهو مشكل ولا يدري هل تلزمه نفقته ام لا واذا اشترى
له جارية فاذا ختنته بعناها وبقي ثمنها في ملكه وان كانت اشتريت من بيت المال
بعناها ايضا ورددنا الثمن في بيت المال فيكون قد قضينا بما يجب من سنة الختان
من غير اضرار باحد **قوله** ويكره له في حينه لبس الحلي والحرير وذلك

لان النبي صلى الله عليه وسلم اخذ الذهب بيمينه والحرير بشماله وقال هذان
حرامان على ذكور امتي حل لاناثها فانما اباح اللبس بشرط انوثة اللابس وهذا
الشرط غير معلوم في الخنثى ثم ما تردد بين الحظر والاباحة يترجح معنى الحظر فيه
لقوله عليه السلام الحلال بين والحرام بين وبينهما امور مشتبهات
دع ما يريبك الى ما لا يريبك وترك لبس الحرير ما لا يريبه ولبسه يريبه يوضحه
ان الاجتناب عن الحرام فرض والاقدام على المباح ليس بفرض فكان الاحتياط
في ترك لبس الحرير لئلا يكون مواقعا للحرام وان كان رجلا كذا في شرح
الكافي **قوله** وان تكشف قدام الرجال او قدام النساء ه ذكرها على
سبيل التفريع ايضا قال الحاكم الشهيد في الكافي واكره له ان يتكشف
قدام الرجال وقدام النساء اذا كان قد راهق حتى يستبين امره وذلك لتوهم
ان يكون امراة والمراة عورة مستورة قال شمس الائمة السرخسي في
شرح الكافي هذه المسئلة تدل على ان نظر المراة الى المراة كنظر الرجل الى ذوات
محارمه لا كنظر الرجل الى الرجل لانه لو كان كنظر الرجل الى الرجل لجاز
للخنثى التكشف بين النساء فانه ليس المراد من التكشف ابداء موضع العورة
لان ذلك لا يحل لغير الخنثى ايضا ولكن المراد ان يكون في ازار واحد وقد مر
هذا الفصل وابيان ترتيبها ثمة في كتاب الكراهية **قوله** وان
يخلو به غير محرم من رجل او امراة ه ذكرها على سبيل التفريع ايضا قال
الحاكم الشهيد في الكافي واكره ان يخلو به من ليس بمحرم له من رجل او امراة
وذلك لقوله عليه السلام الا لا يخلون رجل بامراة ليس منها بسبيل فان
ثالثهما الشيطان فاذا خلا الخنثى برجل فمن الجائز انه امراة فيكون هذا رجلا بامراة
اجنبية واذا خلا بامراة فمن الجائز انه ذكر خلا باجنبية والمراهقة في المنع من

الخلوة كالبالغة لان المنع لخوف الفتنة وكذلك يكره ان يسافر معه امراة
محرما كانت او غير محرم لان من الجائز ان الخنثى انثى فيكون هذا مسافرة امراة تبين
بغير محرم لها وذلك حرام ويكره ان يسافر الخنثى الا مع محرم من
الرجال ثلاثة ايام فصاعدا لانه من الجائز انه انثى كذا في شرح الكافي
قوله وان احرم وقد راهق قال ابو يوسف لا علم لي في لباسه ه وقد
ذكرها على سبيل التفريع وهي من مسائل الاصل وعلل له شمس الائمة السرخسي
في شرح الكافي فقال لان الرجل في احرامه يحرم عليه لبس المخيط والمراة في
احرامها يلزمها لبس المخيط ويحرم عليها الاكتفاء بلبس الازار والرداء فلما
استوى الجانبان لا يمكن ترجيح احدهما بغير حجة فتوقف فيه وقال لا علم لي بلباسه
وقال محمد يلبس لباس المراة لانه اقرب الى الستر ومبنى على الستر حالة
في غير حالة الاحرام ولان لبس المخيط للرجل في احرامه جائز عند العذر
والاشتباه انه من ابلغ الاعذار ولا شيء عليه في ذلك لانه لم يبلغ وكفارة
الاحرام بارتكاب المحظور لا تجب على غير البالغ عندنا قلت ينبغي ان يجب
عليه الدم اذا كان الاشكال باقيا بعد البلوغ على اشارة هذا التعليل كما
لو تعارضت العلامات او لم يظهر شيء منها اصلا **قوله** ومن حلف بطلاق
او عتاق ان كان اول ولد تلدينه غلاما فولدت خنثى لم يقع شيء حتى يستبين
امر الخنثى ه ذكرها على سبيل التفريع ايضا قال الحاكم الشهيد في الكافي
ولو قال ان كان اول ولد تلدينه غلاما فانت طالق وقال لامته ان كان
اول ولد تلدينه جارية فانت حرة فولدت المراة الامة هذا الخنثى المشكل لم يقع او
الطلاق ولا العتاق حتى يستبين امره وذلك لان المعلق بالشرط لا ينزل ما لم
يوجد الشرط حقيقة ومع الاشكال لا يتيقن بوجود الشرط فهذا نظير ما لو قال

ان لم ادخل دار فلان فعبده حر ثم مات ولم يعلم ادخل او لم يدخل لا يحكم بوقوع العتق
لهذا المعنى فكذلك ههنا قوله ولو قال كل عبد لي حر او قال كل امة
لي حرة وله مملوك خنثى لم يعتق حتى يستبين امره لما قلنا اي لان الحنث لا
يثبت بالشك قوله وان قال بالقولين جميعا عتق يعني اذا قال كل
عبد لي حر وكل امة لي حرة يعتق المملوك الخنثى لانه اما ان يكون ذكرا في
الواقع او انثى وايا ما كان يعتق باحد اليمينين وكذلك لو قال ان ملكت عبدا
فامرأته طالق فاشترى الخنثى لم تطلق وكذلك لو قال ان ملكت امة وان قال
القولين جميعا طلقت بشراء الخنثى للتيقن بوجود الشرط قوله وان قال
الخنثى انا رجل او قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان مشكلا ذكرها على سبيل
التفريع ايضا قال الحاكم الشهيد في الكافي فان قال الخنثى انا رجل او
قال انا امرأة لم يقبل قوله اذا كان قد علم انه مشكل وذلك لانه مجازف فيما يخبر
به عن نفسه فانه لا يعلم من ذلك الا ما يعلم غيره كذا في شرح الكافي قوله
وان لم يكن مشكلا ينبغي ان يقبل قوله لانه اعلم بحاله من غيره وفي هذا
التعليل نظر لانه انما لا يكون مشكلا اذا ظهرت فيه احدى العلامات فبعد ظهورها
يحكم بانه ذكر او انثى فلا حاجة الى قوله بعد ذلك قوله وان مات قبل
ان يستبين امره لم يغسله رجل ولا امرأة ولكنه ييمم بالصعيد وذلك
لان الاصل ان النظر الى العورة حرام وبالموت لا تنكشف عنه الحرمة
الا ان نظر الجنس الى الجنس اخف فلاجل الضرورة ابيح النظر للجنس عند الغسل
والمراهق كالبالغ في وجوب ستر عورته فاذا كان مشكلا لا يوجد له جنس او لا
يعرف جنسه انه من جنس الرجال او من جنس النساء فتعذر غسله لانعدام من يغسله
فصار بمنزلة من تعذر غسله لانعدام ما يغسل به فييمم بالصعيد وهو نظير امرأة تموت

بين الرجال ليس معهم امرأة فانها تيمم بالصعيد ثم ان كان الميمم اجنبيا يممها
مع الخرقة وان كان ذا رحم محرم منها يممها بغير خرقة وكذلك ان مات رجل
بين نساء ليس معهن رجل فان النساء يممنه بالصعيد من غير خرقة ان كن ذات
رحم محرم منه وبخرقة ان كن اجانب منه فهذا مثله فان كان من يممه من النساء يممه
بغير خرقة وكذلك ان كان رجلا ذا رحم محرم منه وان كان اجنبيا عنه يممه بخرقة
ولا باس بان ينظر الى وجهه ويعرض وجهه عن ذراعيه لجواز ان يكون امرأة وفي
هذا اخذ بالاحتياط فيما بني امره على الاحتياط وهو المس والنظر الى المرأة
كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي ولا يقال كيف لا
تشترى له جارية تغسله كما يشترى له جارية ختانة لانا نقول لا فائدة
في شراء الجارية بعد الموت لانها لا تدخل في ملكه لان الموت ينافي المالكية
فتبقى الجارية المشتراة اجنبية عنه بخلاف الجارية المشتراة في حالة الحيوة
لانها تدخل في ملكه فحصل الفرق قوله وان سجي قبره فهو احب قال
الحاكم الشهيد في الكافي وان سجي قبره فهو احب الي وذلك لان فيه نوع احتياط
ويحتمل انه امرأة ويبتنى حالها على الستر ولا باس بان يسجى قبر الرجل عند العذر
كالحر والبرد والمطر واشتباه حاله في العذر ابلغ من ذلك كذا في شرح الكافي
قوله واذا مات فصلي عليه وعلى رجل وامرأة وضع الرجل مما يلي الامام
والخنثى خلفه والمرأة خلف الخنثى ذكرها تفريعا ايضا وانما يفعل كذلك اعتبارا
بحالة الحيوة لانه يقوم في الصلاة بين صف الرجال والنساء فكذلك في الممات
قوله ولو دفن مع رجل في قبر واحد من عذر جعل الخنثى خلف الرجل ذكرها
تفريعا ايضا قال شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي فان دفنوا في
قبر واحد من عذر فلا باس بذلك لان النبي صلى الله عليه وسلم امر يوم احد ان

يدفن جماعة من الشهداء في قبر واحد وان يجعل بين كل ميتين حاجز من التراب
فيفعل كذلك هنا ويوضع الرجل مما يلي القبلة ثم خلفه الخنثى ثم خلفه المراة لان
جهة القبلة اشرف فيكون الرجل بالتقريب منه احق لانه روي ان في حرب
احد روي ان النبي صلى الله عليه وسلم امر بتقديم اكثرهم اخذا للقران الى جانب
القبلة ويجعل بين كل ميتين حاجز فيصير ذلك في حكم قبرين قوله
وان جعل نعش المراة على السرير فهو احب الي وهي من مسائل الاصل ذكرها على سبيل التفريع
قال في الكافي وان جعل على السرير نعش المراة فهو جائز لانه اقرب الى الستر
والستر مندوب اليه عند اشتباه الامر والنعش شبه المحفة مشبك يطبق على
المراة اذا وضعت على الجنازة وقد مر في باب الجنائز قوله ويكفن كما
تكفن المراة وهو احب الي وهذه ذكرت على سبيل التفريع ايضا وذلك لانه
اقرب الى الستر ولان الزيادة في كفن الرجل للحاجة جائزة واشتباه
امره من اقوى اسباب العذر فلهذا يكفن كما تكفن الجارية كذا قال في شرح
الكافي ثم ان هنا مسايل ذكرت في شرح الكافي لم يذكرها في هذا النوع
تكثيرا للفائدة وهي ان الخنثى اذا مات يدخل قبره ذو رحم محرم منه لاحتمال انه انثى فلا
يمسه غير المحرم وان قبله رجل بشهوة لم يتزوج امه حتى يستبين امره لانه ان كان
انثى فتقبيله بشهوة تثبت حرمة المصاهرة فتكون امه حراما عليه من هذا
الوجه وترك نكاح امراة تحل له اولى من نكاح امراة هي محرمة عليه قال
وان زوجه ابوه رجلا او امراة فلا علم لي بنكاحه وهو موقوف الى ان يبلغ لان
الذكر يدخل في النكاح دخول المالكين والانثى تصير مملوكة بالنكاح ولا يمكن
اثبات واحد من الوصفين في حقه من غير دليل ولا وجه لابطال نكاح الولي في حال
قيام ولايته ما لم يعلم انه لم يصادف محله فيكون موقوفا الى ان يبلغ فان ظهرت فيه

علامة الرجال وقد زوجه ابوه امراة حكم بصحة النكاح من حين عقده الاب لانه
تبين ان تصرفه صادف محله وان لم يصل اليها اجل كما يؤجل العنين وان
كان زوجه ابوه من رجل ثم ظهر به علامة الرجال فقد تبين ان هذا التصرف
لم يصادف محله فكان باطلا قال وان قذف رجلا بعد ما بلغ قبل ان يستبين
امره او سرق او سرق منه اقيم الحد لانه صار بالبلوغ مخاطبا وحد القذف
والسرقة لا يختلف بالذكورة والانوثة واشتباه حاله لا يمنع تحقق قذفه موجبا
للحد عليه ولا تحقق سرقته والسرقة منه موجبة للقطع قال وان قذفه
رجل فلا حد على قاذفه بمنزلة المجبوب والرتقاء اذا قذفهما رجل وهذا لان القاذف
يستوجب الحد بنسبة الرجل الى فعل يباشره وبنسبة المراة الى التمكين من فعل يباشره
غيرها ومع اشتباه امره لا يتقرر السبب ولا يدري ان قاذفه الى فعل نسبه
فان كان نسبه الى مباشرة الفعل وهو امراة كان قد نسبه الى محال فيكون بمنزلة
قاذف الرتقاء والمجبوب وان كان قد نسبه الى التمكين وهو رجل نسبه الى
ما هو قاصر في حقه غير موجب للحد عليه وعند اشتباه الامر لا يمكن اقامة
الحد على القاذف قال واذا قطع رجل يده او امراة قبل ان يستبين امره
فلا قصاص على القاطع لان حكم القصاص فيما دون النفس يختلف بالذكورة والانوثة
ولا يجري القصاص بين الرجال والنساء في الاطراف فان كان القاطع رجلا
لم يجب القصاص اذا كان هو امراة وان كان القاطع امراة لم يجب القصاص اذا كان
هو رجلا فعند الاشتباه تتمكن فيه الشبهة والقصاص عقوبة تندرئ بالشبهات
وبه فارق القصاص في النفس فانه لا يختلف بالذكورة والانوثة سواء قتله رجل
او امراة كان عليه القصاص لتيقننا بوجوبه وتقرر سببه ولو قطع هذا الخنثى
يد رجل او امراة لم يجب عليه قصاص ولكن الدية على عاقلته لانه صغير لم يبلغ فعمده وخطاؤه

سواء قال وان اخذ الخنثى أسيرا من الكفار وارتد بعد الاسلام لم يقتل لان
القتل عقوبة تندرئ بالشبهات فاما ان يكون هذا في حال الصغر والصغير لا يستوجب
العقوبة او بعد البلوغ فيتوهم كونه انثى وان كان الخنثى من اهل الذمة لم
يوضع عليه خراج راسه لهذين المعنيين وكذلك لا يدخل الخنثى في القسامة
للصغر او لتوهم الانوثة قال وان زوجه ابوه قبل ان يبلغ رجلا او زوجه
امراة فان ذلك موقوف لا نجيزه ولا نبطله ولا يتوارثان حتى يستبين امره وانما
لا نبطله لان العاقد ولي ولا نجيزه لانا لا نعلم بمصادفة هذا العقد محله ولا
يتوارثان لان التوارث من حكم انتهاء النكاح الصحيح بالموت وان قتل خطأ قبل
ان يستبين امره فعلى قول الشعبي على القاتل نصف دية المراة ونصف
دية الرجل باعتبار الاحوال وعندنا القول فيه قول القاتل وعلى اولياء
القتيل البينة لان القاتل منكر للزيادة فكان القول قوله مع يمينه وعلى مدعي
الزيادة اثباتها بالبينة قال رجل مات وترك ابنا وامراة وولدا خنثى
من هذه المراة فمات الخنثى بعد ابيه فادعت امه انه كان غلاما يبول من حيث يبول
الغلام وادعى الابن انه كان يبول من حيث تبول الجارية فالقول قول الابن
لانها تدعي الزيادة في ميراثها منه والابن منكر للزيادة فالقول قوله مع يمينه
على علمه لانه يستحلف على فعل الغير والبينة بينة الام سواء اقامت هي وحدها او
اقاما جميعا البينة لانها تثبت الزيادة في حقها والابن ينفي ببينته تلك الزيادة
ولو اقامت الام بينة على ذلك واقام رجل البينة ان الميت زوجه على
الف درهم وانها كانت تبول من حيث يبول النساء وطلب ميراثه منها فالبينة
بينة الزوج لان في بينته زيادة اثبات فانه يثبت صحة النكاح والميراث لنفسه
فكانت بينته اولى بالقبول ثم للام نصيبها من الصداق وغيره ولا يقال هي

تنكر وجوب الصداق فكيف تاخذ نصيبها منه لانها صارت مكذبة فيما زعمت في
الحكم وزعم الزاعم يسقط اعتباره اذا جرى الحكم بخلافه وكذلك ان اقام كل واحد منهما
البينة انه كان يبول من المبال الذي ادعاه ولم يكن يبول من المبال الآخر لان
قوله ولم يكن يبول نفي والشهادة بلفظ النفي لا تكون مقبولة فوجود هذه الزيادة
كعدمها ولو اقامت المراة البينة ان اباه زوجها اياه في حال حيوته وامهرها عنه الف
درهم وانه كان غلاما يبول من حيث يبول الغلام خاصة واقامت الام البينة
انه كان يبول من حيث تبول الجارية فالبينة بينة المراة لما فيها من اثبات الزيادة
وهو اصل النكاح والمهر والميراث ولو اقامت هذه المراة البينة على ما وصفنا واقام
الزوج البينة على ما وصفنا في المسئلة الاولى فالبينة بينة المراة لان البينتين تعارضتا
في اثبات النكاح والميراث وفي بينة المراة زيادة وهو اثبات الصداق فتترجح بذلك
وان وقتت البينتان وقتين فالوقت الاول اولى لان صاحب الوقت الاول يثبت
عقده وصحته في الخنثى في وقت لا ينازعه غيره فيه وبعد ما ثبت ذلك في الوقت
الذي اسندا اليه تصير البينة الثانية محالا وان كان الخنثى حيا ابطلت ذلك كله
ولم اقض بشيء منه لان في حال حيوته المقصود هو الحل وقد تعارضت البينتان
فيه وانتفتا لاستحالة ان يكون الشخص الواحد زوجا وزوجة بخلاف ما بعد
موته فالعقد قد ارتفع هناك على اي وجه كان وانما المقصود المهر والميراث فصرنا
الى الترجيح باثبات الزيادة وهو نظير اختين ادعتا نكاح رجل بعد
موته واقامت كل واحدة منهما البينة قضي لهما بالميراث منه ولو كان الرجل حيا
لكان تبطل البينتان اذا لم يوقتا وكذلك لو ادعى رجلان نكاح امراة فهو على هذا
في الفرق بينهما بعد الموت وقبله قال لو اقام رجل البينة ان اباه زوجها
اياه بالف درهم برضاها وانها ولدت منه هذا الولد واقامت امراة البينة ان

ابا بما زوجها اياه برضاها وانه دخل بها فولدت هذا الغلام منه ابطلت ذلك كله
لان في اثبات كل واحدة من البينتين اثبات النكاح والنسب والميراث فاستويا
والجمع بينهما محال فاذا لم اعرف الحق منهما ابطلت ذلك كله ولو قامت
احدى البينتين وقضى القاضي بها ثم جاءت الاخرى لم يلتفت اليها لانا نتيقن بكذب
احدى الفريقين فمن ضرورة القضاء بصدق الفريق الاول الحكم بكذب الفريق
الثاني قال وهذا الجواب انما يكون في حال حيوة الخنثى فاما بعد موته
فقد بينا ان بينة المراة اولى لما في بينتها من اثبات الزيادة وهو المهر قوله
ولو مات ابوه وخلف ابنا فالمال بينهما عند ابي حنيفة للابن سهمان وللخنثى سهم وهو
انثى عنده في الميراث الا ان يتبين ذلك وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر ونصف
ميراث انثى وهو قول الشعبي واختلفا في قياس قوله قال محمد المال بينهما
على اثني عشر سهما للابن سبعة وللخنثى خمسة وقال ابو يوسف المال بينهما على سبعة
للابن اربعة وللخنثى ثلاثة وهذا لفظ القدوري في مختصره الا ان القدوري
قدم ابا يوسف على محمد في الذكر كما هو الاصل وصاحب الهداية عكس ذلك وكانه
اختار قول محمد ولهذا ذكر دليل محمد بعد دليل ابي يوسف ثم اعلم ان
القدوري جعل قول محمد مع ابي يوسف حيث قال وقالا للخنثى نصف ميراث ذكر
ونصف ميراث انثى وكذلك اثبت صاحب الهداية فيها وكذلك ذكر الشيخ ابو نصر
البغدادي في شرحه ويدل على ان قول محمد كقول ابي يوسف الا انهما اختلفا
في التخريج ما ذكره الطحاوي في مختصره فقال قال ابو حنيفة اذا هلك الرجل عن ابن وخنثى
اعطي الخنثى على انه بنت حتى يعلم غير ذلك وقال ابو يوسف المال بين
الابن المعروف على سبعة للابن المعروف منه نصيب ابن كامل ويضرب للخنثى ثلثة ارباع
نصيب ابن كامل وقال محمد يقسم الميراث بينهما على تنزيل الاحوال فيكون للخنثى

منه خمسة من اثني عشر وللمتيقن سبعة من اثني عشر وبه ناخذ وهذا اصح من قول
ابي يوسف الى هنا لفظ الطحاوي في مختصره وقال ابو بكر الرازي في شرح ح
مختصر الطحاوي وجه قول ابي حنيفة ان نصيب البنت متيقن للخنثى والزيادة
عليه مشكوك فيها فلا يستحقه الا بيقين لانه لا يجوز توريثه بالشك واما
ابو يوسف فانه يضرب للابن بنصيب ابن كامل وهو اربعة وللخنثى بثلاثة ارباع
نصيب ابن وذلك لانه ضرب بنصف ميراث ابن سهمان من اربعة وبنصف ميراث
ابنة سهم واحد فصار جميع ما يضرب له ثلاثة وضرب للابن باربعة واما
محمد فانه جعل الخنثى مستحقا لستة من اثني عشر لانه ان كان ذكرا فله ستة ولاخيه
ستة وان كان انثى فله اربعة ولاخيه ثمانية فله في حال اربعة وفي حال ستة
فذلك عشرة له في حالين له نصف ذلك خمسة من اثني عشر والابن يستحق في حال
ثمانية وفي حال ستة فذلك اربعة عشر في حالين له نصفها سبعة وقد ذكر
عن ابي يوسف رجوعه الى هذا القول الى هنا لفظ ابي بكر رحمه الله تعالى فعلم
بهذا كله ان محمدا يجعل ارث الخنثى نصف النصيبين كابي يوسف ولكن
ذكر الفقيه ابو الليث في كتاب مختلف الرواية قول محمد كقول ابي حنيفة فقال ولو
ان رجلا مات وترك ابنا وترك ابنا اخر خنثى فقد روي عن الشعبي انه
قال للخنثى نصف ميراث الرجل ونصف ميراث المراة وذكر عن ابي يوسف
انه فسر قول الشعبي بتفسيرين احدهما ان الخنثى من وجه كانه ابن ومن وجه كانه
ابنة فيكون نصف الابن في الميراث فيجعل الخنثى كانه ثلثة ارباع
الابن فيجعل الميراث على سبعة اسهم للابن اربعة وللخنثى ثلاثة لانه ان كان
ابنا فله النصف وان كان ابنة فله الثلث فيحتاج الى حساب له نصف وثلث وهو قلد
ستة فيجعل اصل المسئلة من ستة للابن الذي تيقنا انه ابن الثلثان وهو اربعة ويبقى

ههنا سهمان فلا يخلوا اما ان يكون الخنثى ابنا او ابنة فان كان ابنة فله هذان
السهمان وان كان ابنا فله اربعة مثل ما اعطينا الابن الآخر فالسهمان له واجب
في الحالين جميعا والسهمان الزائدان يجبان في حال ولا يجبان في حال فينصف ذلك
فتوجب له ثلثة اسهم وللابن اربعة فنقسم المال بينهما على سبعة اربعة للابن وثلثة
للخنثى قال وكان ابو يوسف يفسر بهذا ولا ياخذ به ثم فسره
بتفسير آخر فاخذ به وهو ان الخنثى لو كان ابنا فله نصف الميراث ولو كان ابنة
كان له ثلث الميراث فيجعل المال من اثني عشر للخنثى في حال الثلث وهو اربعة
وفي حال النصف وهو ستة فالاربعة واجبة بيقين والشك في سهمين فينصف
ذلك ويطرح نصفه فللخنثى خمسة اسهم وللابن سبعة وهذا قول ابي يوسف الآخر
وفي قوله الاول وهو قول ابي حنيفة ومحمد للخنثى ثلث الميراث وللابن الثلثان
ويجعل الخنثى انثى ما لم يتبين انه ابن الى هنا لفظ الفقيه ابي الليث رحمه الله
وكذلك ذكر الامام الاسبيجابي في شرح الطحاوي وجعل المال ثلاثا بينهما للذكر
مثل حظ الانثيين في قول ابي حنيفة ومحمد فقال هو قول ابي يوسف الاول
وكذلك ذكر شمس الائمة السرخسي في شرح الكافي الذي هو المبسوط
فقال اختلف العلماء في حكم الخنثى المشكل في الميراث فقال ابو حنيفة ومحمد
وهو قول ابي يوسف الاول تجعل هو في الميراث بمنزلة الانثى الا ان يكون
اسوء حاله ان يكون ذكرا وفي الحاصل يكون له شر الحالين واقل النصيبين وفي
قول ابي يوسف الآخر له نصف ميراث الذكر ونصف ميراث الانثى وهو قريب من
قول الشعبي الى هنا لفظ السرخسي وكذلك جعل في المحيط والذخيرة قول محمد مع
ابي حنيفة قال صاحب المحيط والذخيرة فيها والحكم في توريث الخنثى المشكل ان
يعطى له ميراث النساء الا ان يكون اسوء حاله ان يكون ذكرا فيجعل ذكرا او هذا قول

ابي حنيفة ومحمد وعليه الفتوى الى هنا لفظ الكتابين جميعا ولم تتغير عباراتهما
وكذلك ذكر الامام سراج الدين في الفرائض السراجي قول محمد مع ابي حنيفة حيث
قال للخنثى المشكل اقل النصيبين اعني اسوء الحالين عند ابي حنيفة واصحابه
وهو قول عامة الصحابة وعليه الفتوى وقال في شرحه وقال الشعبي
والاوزاعي والثوري وابن ابي ليلى ونعيم بن حماد ويحيى بن آدم رحمهم الله تعالى
يعطى الخنثى نصف ميراث ذكر ونصف ميراث انثى وهو مذهب اللؤلؤي
ايضا وقال الشيخ ابو نصر البغدادي في شرح مختصر القدوري وقال
الشافعي اجعل الخنثى اضر الحالين واوقف الزيادة على نصيبه الى ان يتبين امره او
يصطلح هو والورثة فقال في هذه المسئلة للخنثى الثلث وللابن النصف ويوقف السدس
وجه قول الشافعي انه يجوز ان يكون ذكرا ويجوز ان يكون انثى فلا
يجوز ان يدفع الى شركائه بالشك ولان هذا يبطل بمن مات وترك
ابنا يحجبه الا انه لا يحجبه بيقين ووجه قولهما ان للخنثى حالين ان
كان ذكرا فله نصيب ابن كامل وان كان انثى فله نصف نصيب ابن وهو لا
يستحق الا في حالة واحدة وليس احدى الحالتين باولى من الاخرى فيجعل له نصف
ما استحقه في الحالين وهو ثلثة ارباع نصيب الابن فزاحم الابن بذلك ثم
اختلف ابو يوسف ومحمد في قياس قوله اي قول الشعبي فقال ابو يوسف
للخنثى ثلثة من سبعة وقال محمد خمسة من اثني عشر ووجه تخريج
ابي يوسف ان الابن يستحق كل المال عند الانفراد بان لم يكن معه احد
والخنثى يستحق ثلثة ارباع المال لان الخنثى في حال ابن وفي حال بنت وللبنت
في الميراث نصف الابن فيجعل له نصف كل حال فيكون ثلثة ارباع نصيب ابن فضرب
مخرج الربع وهو اربعة في سهم وثلثة ارباع فيكون سبعة فللخنثى ثلثة وللابن اربعة

ووجهه تخريج محمد ان الخنثى لو كان ذكرا كان له نصف المال ولو كان
انثى كان له ثلث المال فيكون له نصف النصف ونصف الثلث فيحتاج الى حساب
له نصف ولنصفه نصف وثلث ولثلثه نصف واقل ذلك اثنا عشر ونصف نصفه
ثلثه ونصف ثلثه اثنان فيكون خمسة من اثني عشر والباقي وهو سبعة للابن
ووجهه قول ابي حنيفة ان استحقاق الثلث متيقن وما زاد على ذلك
غير متيقن فلا يثبت بالشك **قوله** الا ان يثبت غير ذلك ه استثنا
من قوله وهو انثى عنده في الميراث ان الخنثى يعتبر انثى من الميراث عند ابي حنيفة
الا اذا ثبت كونه غير انثى بان يظهر فيه احدى علامات الذكورة بلا تعارض فحينئذ
يعتبر ذكرا **قوله** الا ان يصيبه الاقل لو قدرناه ذكرا فحينئذ يعطى نصيب
الابن ه استثنا من قوله فاوجبنا المتيقن فصار عليه ه يعني اوجبنا للخنثى ميراث
الانثى للتيقن وما تجاوزنا عنه باثبات الزيادة لان المال لا يجب بالشك
الا اذا اصابه الاقل على تقدير الذكورة فحينئذ يعطى نصيب الذكر لكونه اقل
للتيقن به صورته زوج وام واخت لاب وام وخنثى للزوج النصف
وللام الثلث فلو قدرنا الخنثى انثى يكون لها النصف فتعول المسئلة الى ثمانية
ولو قدرناه ذكرا يكون له الباقي من الستة وهو السدس فيعطى السدس لانه
اقل من النصف وصورة اخرى امراة واخوان لام واخت لاب وام وخنثى
اصل المسئلة من اثني عشر فللمراة الربع وللاخوين لام الثلث فلو قدرنا الخنثى ذكرا
يكون له الباقي وهو الخمسة ولو قدرناه انثى يكون لها النصف وهو ستة فتعول
المسئلة الى ثلثة عشر فيعطى الخمسة لانها اقل من الستة واذا كان يحرم الميراث على
تقدير الذكورة لا يعطى شيئا اصلا لانه اسوا حاله كما اذا تركت المراة زوجا واختا
لاب وام وخنثى لاب فللزوج النصف وللاخت لاب وام النصف والمسئلة من ستة

فللخنثى على تقدير الانوثة السدس تكملة للثلثين فتعول المسئلة الى سبعة وعلى تقدير
الذكورة لا شيء له لانه يا ضرما باخرجنيد بالعصوبة ولم يبق له شيء فلا يعطى شيئا
اصلا **ثم** ينبغي لك ان تعرف ان الثلاثة من السبعة اكثر من الخمسة من الاثني عشر
لان الثلاثة اذا زيد عليها نصف السبع تصير نصف المال والخمسة لا تصير نصف المال
الا بزيادة نصف السدس وهو سهم ونصف السدس اكثر من نصف السبع فعلى ما قال
ابو يوسف ينقص من نصيب الخنثى نصفا لسبع فيكون على قوله اكثر من نصيبه على قول نصيبه
محمد فافهم او نضرب احدى الجزئين في مخرج الجزء الاخر فنلقي الاقل من الاكثر
فما بقي ننسبه الى مبلغ ضرب المخرجين احدهما في الاخر فما كان فهو التفاوت بين
الجزئين فنضرب الثلثة في الاثني عشر يكون ستة وثلاثين ونضرب الخمسة في السبعة
يكون خمسة وثلاثين فنلقي الاقل وهو خمسة وثلاثون من ستة وثلاثين
[illegible] فننسبه الى مبلغ ضرب المخرجين وهو السبعة في الاثني عشر
يكون [illegible] اربعة وثمانين فيكون ذلك سهما من اربعة وثمانين سهما فهو
[illegible] فافهم

مسايل شتى

[illegible] عادة المصنفين ان يذكروا في اخر الكتاب ما شذ ذكره عنهم في الابواب
[illegible] استدراكا للفوايت ويترجمون تلك المسايل بمسايل شتى او بمسايل متفرقة
[illegible] فكذلك جريا على عادتهم **قوله** قال واذا قرى
[illegible] وصية فقيل له انشهد عليك بما في هذا الكتاب فاومى براسه
[illegible] اذا [illegible] ذلك مما يعرف انه اقرار فهو جايز ولا يجوز ذلك في الذي
[illegible] ابي قال في الجامع الصغير وصورتها فيه محمد عن يعقوب عن
ابي حنيفة في الاخرس يقرا عليه كتاب وصية فيقال له انشهد عليك بما في هذه

الصحيفة فيقول براسه نعم قال فاذا جاء من ذلك ما يعرف انه اقرار او كتب فهو
جائز واذا اعتقل لسان الرجل فقرئت عليه وصيته واشار براسه اي نعم او كتب
فهو باطل لا يجوز الى هنا لفظ محمد رحمه الله وقال الشافعي يجوز في الوجهين
كذا ذكره فخر الاسلام وغيره لنا ان المجوز هو العجز وقد تحقق فيهما
جميعا ولا فرق بين العجز الاصلي والعارضي الا ترى ان الاهلي
اذا ند تكون ذكاته ذكاة الوحشي ذكاة ضرورة لا ذكاة اختيار
فكذلك ههنا ولنا ان الاشارة انما اقيمت مقام النطق في حق
الاخرس لحاجته الى اظهار ما في ضميره وعجزه عن النطق عجزا لا [illegible] وكذا
كتابته اقيمت مقام العبارة لهذا المعنى لان البيان بالكتاب بمنزلة البيان
باللسان اذا كان الكتاب موسوما مستبينا وفي [illegible]
لسانه لم يقع الياس عن عبارته لاحتمال ان يزول [illegible]
لسانه فلم تقم اشارته او كتابته مقام العبارة لان عجزه عارض على شرف الزوال
الا ترى ان الايسة لما كان ياسها متحققا [illegible]
والتي ارتفع حيضها لا يجوز ان تعتد بالشهور لانه يرجى منها الحيض والشيخ
الفاني يفدي عن الصيام بالطعام والمريض الذي لا يقدر على الصوم لا يجوز له ان
يفدي بالطعام لانه يرجى منه قضاؤه والشيخ الفاني لا يرجى منه [illegible] حتى لو
امتد الاعتقال الى وقت الموت كانت اشارته قائمة مقام العبارة [illegible]
الاشهاد عليه لانه عجز عن النطق على وجه لم يرج زواله فصار كالاخرس
قال الحاكم ابو محمد الكفيني روي ذلك عن ابي حنيفة قالوا وعليه
الفتوى وفي الابدة عرف الحكم بخلاف القياس بالحديث وهو قوله عليه
السلام ان لها اوابد كاوابد الوحش فلا يقاس عليه غيره قوله فاذا جاء من

ذلك ما يعرف انه اقرار فهو جائز اي اذا ثبت من ايماء راس الاخرس الذي
يعرف عادة انه اقرار بالوصية فهو جائز عليه اي الذي يعرف من اقراره جائز
وانما قيد بقوله ما يعرف انه اقرار لان الايماء بالراس ربما يكون دلالة على
الانكار كما اذا حرك راسه عرضا والذي يدل على الاقرار هو التحريك من فوق
الى تحت طولا قوله يعتقل لسانه على صيغة المبني للمفعول يقال
اعتقل لسانه بضم التاء اذا حبس عن الكلام ولم يقدر عليه قوله وقد
شمل الفصلين اي شمل العجز فصل الاخرس والمريض اعتقل لسانه قوله
ولانه [illegible] جاء من قبله اي التقصير جاء من قبل المعتقل لسانه لانه اخر
الوصية الى وقت اشراف الموت ولم يوص حين كان قادرا على النطق فلما كان
[illegible] لم يكن عجزه عن النطق وقت الوصية عذرا قوله
[illegible] على شرف الزوال دون الاصلي فلا يتقاسان يعني ان العجز
عن النطق في المعتقل لسانه عارضي وفي الاخرس اصلي فلا يجوز قياس العارضي
على الاصلي لان شرط القياس المماثلة بين المقيس والمقيس عليه ولم توجد
قوله قال واذا كان الاخرس يكتب كتابا او يومي ايماء يعرف به فانه
يجوز نكاحه وطلاقه وبيعه وشراؤه ويقتص منه وله ولا يحد ولا يحد له اي
قال في الجامع الصغير معنى قوله لا يحد اي لا يحد الاخرس اذا كان
قاذفا ومعنى قوله ولا يحد له اي اذا كان الاخرس مقذوفا اما الكتابة
فلانها انما جعلت مقام العبارة في حق الغائب للعجز عن النطق باللسان والعجز في
حق الاخرس الزم لانه لا يرجى زواله فكانت قائمة مقام العبارة بل بالطريق
الاولى لان الغائب يجوز ان يحضر فينطق بلسانه والاخرس لا يمكنه النطق ولا
يرجى منه ذلك وفي الكتاب تفصيل نبينه بعد هذا ان شاء الله تعالى واما

الاشارة فجعلت قائمة مقام النطق في حق الاخرس لتحقق الحاجة الى ذلك
في حقوق العباد ولان اقامة الاحكام على الاشارة امر لا بد منه وقد ذكر في كتاب
الاقرار ان الكتاب من الغائب ليس بحجة في قصاص يجب عليه قالوا ويحتمل
ان يكون ههنا كذلك حتى لا يكون الكتاب حجة على الاخرس في قصاص يجب عليه
فيكون في مسئلة الاخرس روايتان على رواية الجامع الصغير يجب القصاص عليه
بالكتابة وعلى رواية كتاب الاقرار لا يجب القصاص ويحتمل ان يكون الاخرس
مفارقا للغائب بان يجب القصاص على الاخرس بالكتاب ولا يجب على الغائب بالكتاب
قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير وهذا هو الاشبه في مسئلتنا
والفرق بين الغائب والاخرس ان في الغائب يمكن الوصول الى نطقه فلم
يعتبر كتابه في القصاص ولا يمكن الوصول الى نطق الاخرس فوجب عليه القصاص
بكتابه ولا يحد الاخرس في حد القذف ولا في غيره لان الحد لم يشرع الا بصريح
القذف وفي غير الصريح شبهة والحدود تندرئ بالشبهات والكتابة والاشارة
من الاخرس بمنزلة ما ليس بصريح من الناطق فلا يثبت به الحد ولان اقامة
اشارة الاخرس وكتابه مقام النطق امر ضروري ثبت دفعا للحاجة ولا يقام
الحد بالضروريات ولا يحد له لو قذفه غيره لاحتمال التصديق منه لان الشاك
قد يقر التصديق وانما يبطل التصديق باشارته وكتابته وكل منهما امر ضروري
فتبقى شبهة التصديق والفرق بين الحد والقصاص حيث لا يقام الا بما
لا شبهة فيه الا ترى ان الشهادة بالوطء الحرام والاقرار به لا يوجب
الحد والقصاص يقام بالشهادة او الاقرار بمطلق القتل وان لم يوصف التصريح بالعمد
وحاصله ان القصاص فيه معنى العوضية لشرعه جابرا للغائب فيثبت مع
الشبهة كما في سائر المعاوضات بخلاف الحدود لانها شرعت زواجر حقا لله تعالى

ليس فيها معنى العوض فلم تثبت مع الشبهة لعدم الحاجة الى اثباتها لان الحدود
يحتال في درئها لا في اثباتها قالوا ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة
وان كان قادرا على الكتابة لان محمدا جمع بينهما فقال اذا كان الاخرس يكتب
او يومي بخلاف ما توهمه بعض مشايخنا ان الكتابة اذا قدر عليها لم تعتبر
الاشارة قال لان الاشارة حجة ضرورية ولا ضرورة مع القدرة على الكتابة
فنقول كلا حجة ضرورية تثبت حجيتها عند العجز عن البيان وثمة مستويا
لان في الكتابة زيادة بيان لان البيان يحصل بها حسا وعيانا بخلاف الاشارة
فان فيها احتمالا وفي الاشارة زيادة امر لا يوجد ذلك في الكتابة لان الاشارة
اقرب الى النطق من آثار الاقلام بيانه ان العلم الحاصل بالكتابة
يحصل بآثار الاقلام وهي منفصلة عن الكاتب والعلم الحاصل بالاشارة يحصل
بما هو متصل به وهو راسه فكان المتصل بالشخص اقرب اليه من المنفصل ه
ايضا قوله لا تعتبر الاشارة مع القدرة على الكتابة ممنوع لان الاشارة
تعتبر مع القدرة على البيان من كل وجه وهو النطق ومع القدرة ومع الكتابة
اولى الا ترى الى ما قال البخاري في الصحيح في باب الاشارة في الطلاق
والامور وقال ابن عمر قال النبي صلى الله عليه وسلم لا يعذب الله بدمع العين
ولكن يعذب بهذا فاشار الى لسانه وقال فيه ايضا وقال انس
اومى النبي صلى الله عليه وسلم بيده الى ابي بكر ان يتقدم وقال فيه
ايضا وقال ابو قتادة قال النبي صلى الله عليه وسلم في الصيد للمحرم احد منكم
امره ان يحمل عليها او اشار اليها قالوا لا قال فكلوا وفيه ايضا باسناده
الى عكرمة عن ابن عباس قال طاف رسول الله صلى الله عليه وسلم على بعيره وكان
كلما اتى الى الركن اشار اليه وكبر وفيه ايضا باسناده الى عبد الله بن دينار

عن ابن عمر قال سمعت النبي صلى الله عليه وسلم يقول الفتنة ههنا واشار الى
المشرق وفيه ايضا باسناده الى عبد الله بن ابي اوفى قال كنا في سفر مع
رسول الله صلى الله عليه وسلم فلما غربت الشمس قال لرجل انزل فاجدح لي قال
يا رسول الله لو امسيت ثم قال انزل فاجدح لي فقال يا رسول الله ان عليك نهارا
ثم قال انزل فاجدح لي فنزل فجدح له في الثالثة فشرب رسول الله صلى الله عليه
وسلم ثم اومى بيده الى المشرق فقال اذا رايتم الليل قد اقبل من ههنا فقد افطر
الصايم وقال البخاري ايضا في كتاب الصوم من الصحيح باسناده الى
ابن عمر قال قال النبي صلى الله عليه وسلم الشهر هكذا وهكذا [illegible] الابهام
في الثالثة وقوله خنس اي قبض والانخناس الانقباض ذكره الخطابي في شرحه
وقال شمس الايمة السرخسي في شرح الكافي واذا طلق الاخرس امراته
في كتابه وهو يكتب جاز عليه ما يجوز من ذلك من الصحيح في [illegible] لان الاخرس
عاجز عن الكلام وهو قادر على الكتاب فهو [illegible] والكتاب سواء [illegible]
ان البيان بالكتاب مثل البيان باللسان لان [illegible]
على معنى مفهوم كالكلام الا ترى ان النبي صلى الله عليه وسلم [illegible]
مامورا بتبليغ الرسالة وقد بلغ تارة بالكتاب وتارة باللسان [illegible]
الكتاب على ثلثة اوجه احدها ان يكتب طلاقا او عتاقا على ما لا يستبين
فيه الخط كالهوا والما فلا يقع به شي نوى او لم ينو لان مثل هذه الكتابة كصوت
لا يستبين منه حروف ولو وقع الطلاق لوقع [illegible] ديته وذلك لا [illegible]
والثاني ان يكتب طلاق امراته على ما يستبين [illegible]
كتابته فهذا ينوي فيه لان مثل هذه الكتابة قد [illegible]
لتجربة الخط والقلم والبياض فينوي فيه كما في الالفاظ التي تشبه الطلاق [illegible]

صحيحا يبين نيته بلسانه وان كان اخرس يبين نيته بكتابه والثالث ان
يكتب على رسم كتب الرسالة طلاق امراته او اعتاق عبده فيقع الطلاق والعتاق
بهذا في القضاء وان قال عنيت به تجربة الخط لا يدين في القضاء لانه خلاف الظاهر
وهو نظير ما لو قال في قوله انت طالق عنيت الطلاق من وثاق ثم ينظر الى
المكتوب فان كان كتب امراته طالق فهي طالق سوا بعث اليها الكتاب
او لم يبعث وان كان المكتوب اذا وصل اليك كتابي فانت طالق فما لم يصل اليها لا يقع
الطلاق لانه علق بالشرط حالة الكتابة فيعتبر بما لو علقه حالة العبارة وان
لم ينو [illegible] ذلك [illegible] ذكر الطلاق من كتابه وترك ما سوى ذلك وبعث بالكتاب
اليها فهي طالق اذا وصل اليها الكتاب لوجود الشرط ومحوه الطلاق
رجوع عن التعليق وان محا الخطوط كلها وبعث بالبياض اليها لم تطلق لان
الشرط لم يوجد وان ما وصل اليها ليس بكتاب ولو جحد الزوج الكتاب وقامت
عليه البينة انه كتبه بيده [illegible] بينهما في القضاء لان الثابت بالبينة عليه
كالثابت بالاقرار وان [illegible] الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف
في نكاحه وطلاقه وشرايه وبيعه فهو جايز استحسانا وفي القياس لا يقع
شي من ذلك باشارته لانه لا يستبين من الاشارة حروف منظومة فبقي مجرد
قصد الايقاع وبه لا يقع الا ترى ان الصحيح لو اشار لم يقع شي من التصرفات
باشارته ولكنه استحسن فقال الاشارة من الاخرس كالعبارة من الناطق
الا ترى ان في العبادات جعل هكذا حتى اذا حرك شفتيه بالتكبير والقراة
جعل ذلك بمنزلة القراة [illegible] الناطق فهكذا في المعاملات وهذا لاجل الضرورة
لانه يحتاج الى ما يحتاج اليه الناطق فلو لم تجعل اشارته كعبارة الناطق ادى الى
ان يموت جوعا ومعنى الضرورة لا يتحقق في حق الناطق ولهذا قلنا الرجل [illegible]

ن

اعتقل لسانه لا ينفذ تصرفه باشارته لانه لم يقع الياس عن نطقه واقامة الاشارة
مقام العبارة عند وقوع الياس عن النطق للضرورة وان لم يكن له اشارة معروفة
يعرف ذلك منه او يشك فيه فهو باطل لانه لا يوقف على مراده بمثل هذه الاشارة
فلا يجوز الحكم بهذا كذا ذكر شمس الائمة السرخسي في باب طلاق الاخرس من شرح
الكافي قوله مستبين مرسوم اي اراد بالمرسوم المعنون وهو المصدر
بالعنوان والعنوان ان يكتب في صدر الكتاب من فلان بن فلان بن فلان
الى فلان بن فلان بن فلان قوله ينوي فيه اي يطلب منه الذي فيه
قوله بمنزلة صحيح الكتابة اي بمنزلة كتابة قوله ليوسف باليمين
قوله ولا يختص بلفظ دون لفظ وقد تثبت بدون اللفظ يعني ان بعض
التصرفات من النكاح والطلاق والبيع والشرى لا يتعلق بلفظ خاص بل تثبت
بالفاظ كثيرة وتثبت بفعل يدل على القول فكذا يجب ان تثبت بالاشارة كحاجة
الاخرس الى ذلك وكذا ظهور القتل لا يختص بلفظ خاص فيجب ان تثبت بالاشارة
قوله فيكون روايتان اي في مسئلة الاخرس على اعتبار رواية كتاب الجامع
الصغير يجب عليه القصاص بالكتابة وعلى رواية كتاب الاقرار في الغايب لا يجب
على الاخرس القصاص بالكتابة وقال بعضهم فيهما بعض النسخة اي في
الاخرس والغايب غير الاخرس فقال ليس كذلك لانهم لم تثبت الروايتان في الغايب
بل فيه رواية كتاب الاقرار فحسب ولا يجب عليه القصاص بالكتابة قوله لانه
جمع هنا بينهما اي جمع في الجامع الصغير بين الاشارة والكتابة وهذا
دليل لقوله ودلت المسئلة على ان الاشارة معتبرة وان كان قادرا على الكتابة
ولنا في دعوى الجمع بينهما نظر لانه قال في الجامع الصغير واذا كان الاخرس
يكتب او يومي وكلمة او للفصل بين الشيئين لا للجمع على انا نقول قال في الاصل وان كان

الاخرس لا يكتب وكانت له اشارة تعرف في نكاحه وطلاقه وشرائه وبيعه
فهو جائز فيعلم من اشارة رواية الاصل ان الاشارة من الاخرس لا تعتبر مع القدرة
على الكتابة لانه بين حكم اشارة الاخرس بشرط ان لا يكتب فافهم قوله
وكذا الذي صمت يوما او يومين اي الذي صمت يوما او يومين بعارض من العوارض
فاشار براسه او كتب لا يقوم ذلك مقام النطق لانه لم يقع الياس عن النطق كما
في معتقل اللسان وهذا معنى قوله لما بينا في المعتقل لسانه وقيل هذا تفسير
لمعتقل اللسان ان ... قال فخر الاسلام البزدوي في شرح الجامع الصغير فيه حيث
قال فيه ... ما سبق ذكره في الذي اعتقل لسانه قوله قال واذا كان
الغنم مذبوحة وفيها ميتة فان كانت المذبوحة اكثر تحرى فيها واكل وان كانت
الميتة اكثر او كانا نصفين لم يؤكل الى قال في الجامع الصغير قالوا في شروح
الجامع الصغير هذا في حال الاختيار وهو انه يجد ذكية اخرى بيقين فاما في حال
الضرورة وهو انه لا يجد ذكية اخرى بيقين فيتحرى بكل حال سواء كانت المذبوحة
اكثر او كانت الميتة اكثر او كانا سواء لان الميتة تحل عند الضرورة فالمختلط
اولى وبحرمة الاكل من غير التحري لان التحري قد يصلح دليل الوصول الى الحلال
فلم يجز تركه بلا ضرورة واما في حالة الاختيار فيجوز التحري عند غلبة الحلال لا غير
وقال الشافعي في حالة الاختيار لا يجوز الاكل لان التحري دليل ضروري
ولا ضرورة في حالة الاختيار ولهذا لا يتحرى بالاتفاق عند غلبة الحلال
واستواء الحلال مع الحرام ولنا ان غلبة الحلال تقوم مقام الضرورة في افادة
الاباحة فكما ان في حالة الضرورة تباح الميتة فكذلك يباح التناول عند غلبة الحلال
على الحرام لان للغالب حكم الكل لان القليل لا يمكن الاحتراز عنه فهو عفو كما في
النجاسة القليلة الا ترى ان من اشترى خبزا او لحما من اسواق المسلمين

يحل له التناول من غير سؤال اعتبارا للغلبة دفعا للحرج وان كان لا تخلو
اسواق المسلمين عن حرام بان يكون ذلك مسروقا او مغصوبا وكذلك من
كانت له اخت رضاعية في مصر وهو لا يعرفها جازت مناكحته في ذلك المصر
لغلبة الحلال او لعموم البلوى فكذلك فيما نحن فيه الا انه لما علم بالحرام في الاغنام
لا ياكل من غير التحري لان التحري يصلح دليلا لاصابة الحق عند العلم بالحرام لم
يجز ترك التحري بخلاف ما اذا كانت الغلبة للحرام او كانا سواء لانه لا ضرورة
حينئذ لان الحال حال الاختيار لانه يجد ذكية اخرى بيقين وقال الامام
ظهير الدين اسحق الولوالجي في فتاواه اذا كان لرجل مساليخ غنم فاختلط بها ذبيحة
مجوسي او ميتة لم يدر ايتهن هي ان كانت الغلبة للذكية او للميتة او استويا ان كان
في حالة الاضطرار وهو ان لا يجد ذكية اخرى واضطر الى الاكل يتحرى ويأكل في
الوجوه الثلثة لان اكل الميتة بيقين يباح حالة الاضطرار فبالتحري اولى واما
في حالة الاختيار وهو ان يجد ذكية اخرى بيقين ان كانت الغلبة للذكية
يتحرى فيلقي ما يظن انه حرام ويأكل البقية وان كان يجد ذكية اخرى بيقين لان
اموال الناس لا تخلو عن قليل حرام فلو لم يجز الانتفاع بالتحري لادى الى تعطيل امور
الناس فيؤدي الى حرج عظيم وان كانت الغلبة للميتة او استويا لم يتحر فيها
الا بعلامة يعرف بها الحلال لان الحرام مع الحلال اذا اجتمعا غلب الحرام الحلال
الا انا تركنا القياس فيما اذا كانت الغلبة للحلال دفعا للحرج ولو اخذنا بالقياس
في هذين الوجهين لا يؤدي الى الحرج لان اموال الناس تخلو من الاكثر حراما او النصف
حراما ثم العلامة التي يعرف بها الحلال قالوا من العلامة ان الميتة اذا
القيت في الماء تطفو فوق الماء لما بقي فيها من الدم والذكية لا والاصح ان علامة
الذكاة ان تكون اوداجه خالية عن الدم وعلامة الميتة امتلاء اوداجه من الدم

قالوا فيه اشياء والاصح ما ذكرناه وكذا الزيت اذا اختلط مع ودك الميتة او شحم
الخنزير بمثله او اكثر منه لم ينبغ له ان ينتفع بشيء من ذلك ولا يباع ولا يستصبح
به ولا يدهن ولا يدبغ به جلد لانه كانه ودك الميتة او شحم الخنزير فلا ينتفع
به على حال وان كانت الغلبة للزيت لا يحل الاكل ويحل ما عدا ذلك بان يستصبح
به ويبيعه بشرط ان يبين عيبه ويدبغ به الجلود ويغسلها لان المغلوب تبع
للغالب ولا حكم للتبع وقال ايضا رجل في سفر ومعه ثياب ان كانت
الغلبة للطاهر او للنجس او استويا في حالة الاضطرار بان لا يجد ثوبا طاهرا
بيقين واحتاج الى الصلوة وليس معه ما يغسله يتحرى في الوجوه الثلثة
لان الصلوة بثوب نجس بيقين جائز حالة الاضطرار بالاجماع فلان يجوز في
ثوب شك في نجاسته وطهارته اولى وفي حالة الاختيار وهو ان يجد ثوبا طاهرا
بيقين يتحرى في الوجه الاول يتحرى وفي الوجه الثاني والثالث لا يتحرى فكان
الجواب فيه كالجواب في آلات البحر واذا وقع تحريه على ثوب على ان احدهما
هو الطاهر فصلى فيه الظهر ثم وقع اكبر رايه على ان الاخر هو الطاهر فصلى فيه
العصر لم يجز العصر لانا متى حكمنا بطهارة الثوب الثاني بالراي الثاني ه
اما ان نحكم بطهارته من الاصل او بطهارته في المستقبل من وقت العصر ونجاسته
فيما مضى لا وجه الى الاول لانه يظهر ان الثوب الذي ادى فيه الظهر نجس
فينتقض ما ادى من الظهر فيكان العمل من الراي الثاني نقضا لما امضاه
الراي الاول ولا وجه الى الثاني لان نجاسة الثاني امر حقيقي لا يحتمل التاقيت
بخلاف القبلة لان حقيقتها امر شرعي قابل للتوقيت فامكننا توقيت حقيقته ما
مضى بالراي الاول الى وقت الراي الثاني ه وكذلك على هذا لو صلى الظهر
بالاول والعصر بالثاني والمغرب بالاول والعشاء بالثاني فما صلى في الثوب

الأول جائز وما صلى في الثوب الثاني لا يجوز فان استيقن ان الثوب الذي صلى
فيه الظهر هو النجس اعاد صلاة الظهر واجزاته العصر لانه تبين له الخطاء
بيقين فيما يمكن الوقوف عليه في الجملة هذا اذا تحرى فان لم يحضره
التحري ولكنه اخذ ثوبين فصلى في احدهما الظهر وفي الاخر العصر هذا والاول
سواء لان فعل المسلم محمول على الصحة ما لم يتبين الفساد فيجعل كان الطاهر
هو الثوب الاول وهذا اذا اشتبه عليه النجس من الطاهر اما اذا
لم يشتبه وعنده انهما طاهران فصلى وهو ساهي في احدهما الظهر وفي الاخر
العصر وفي الاول المغرب وفي الثاني العشاء ثم نظر فاذا احدهما نجس لا يدري النجس
الاخرام الاول فصلاة الظهر والمغرب جائزة وصلوة العصر والعشاء فاسدة
كما لو اشتبهت عليه وتحرى وصلى وامـا الاواني فلو ان رجلا كان في سفره
ومعه ثلثة اوان في كل اناء ماء وكانت الغلبة للطاهر او النجس او كانا سواء
فان كانت الغلبة للطاهر يجوز التحري في حالة الاختيار والاضطرار في حق الشرب
والتوضي كما في المشايخ يجوز التحري في الحالين للاكل والبيع جميعا في
الوجه الثاني والثالث لا يتحرى في حالة الاختيار في الحكمين كما في المشايخ
وفي حالة الاضطرار يتحرى للشرب بالاجماع لان شرب الماء النجس بعض حالة
الاضطرار جائز فشرب الماء المشكول اولى كما في المشايخ ولا يتحرى للوضوء عندنا
لانه وقع الشك في جواز الوضوء والتيمم فاستويا فنقول التيمم اولى لان
التيمم ان لم يفد له الطهارة بيقين لا يوجب نجاسة الاعضاء بيقين والوضوء ربما يوجب
نجاسة الاعضاء فكان اعتبار التيمم اولى فيتيمم لكن ان اراق الماء ثم تيمم فانه
اولى ليكون عادما للماء الطهور وان لم يرق اجزاه لانه عادم للماء الطهور حكما
وحكي عن الطحاوي انه كان يقول تخلط النجس بالطاهر حتى يكون الغلبة للماء

الطهور بيقين ويبقى الماء له حتى يشربه ان احتاج الى شربه والله اعلم
وبعد حمدا لله العزيز الموفق لعبده على بلوغ اماله والصلاة
على رسوله المصطفى محمد وآله وعلى ازواجه امهات المومنين وصحبه
اجمعين يقول العبد الضعيف ابو حنيفة قوام الدين امير كاتب بن
امير عمر العميد الفارابي الاتقاني هذا آخر غاية البيان نادرة
الزمان في آخر الاوان في شرح كتاب الهداية للامام المحقق النحرير
العلامة الكبير برهان الدين علي بن ابي بكر بن عبد الجليل الرشداني
المرغيناني تغمده الله تعالى بانوار رحمته اضواء مغفرته ورحم الله عبدا قال
آمينا [illegible] فيه واجتهدت ولم آل في افادة ما استفدت وشرحت
مشكلاتهن وحللت معضلاته وبينت في كل باب ما يحتاج منه الى
البيان [illegible] كالبيان بمنقول شاف ومعقول كاف
مع [illegible] بتحقيق وايراد اسولة واجوبة بتدقيق تاركا للتقليد
جانبا [illegible] جانبا وهو كما قيل ان كان للضلال ام فالتقليد
امه [illegible] ان الجاهل يومئذ وبقيت فيه مقدارا من سنين طورا على
السفر وطورا على الدين [illegible] والتي من عض كلاب الدهر ونهش
[illegible] العسر [illegible] الله تعالى عن وجه الارض في الطول والعرض كل خبيث
موذي [illegible] باسم الموذي والحمد لله تعالى على سلامة العاقبة ما طلعت
النجوم [illegible] وافلت الغاربة فحمدا له ثم حمدا بدءا وعودا
قال المصنف رحمه الله وكان افتتاح شرحنا بالقاهرة غرة شهر ربيع
الآخر من سنة احدى وعشرين وسبعمائة وبعضه عمل بالعراق وان في زمن
السلطان السعيد ابي سعيد نور الله مرقده وبرد مضجعه والاكثره عمل ببغداد

وكان ابتداء تعليقه من آخره بدمشق إلى أن ختم فيه في السابع عشر من ذي القعدة
يوم الخميس أول يوم من آذار من سنة سبع وأربعين وسبعمائة وكان جميع مدة
الشرح ستًا وعشرين سنة وسبعة أشهر وسبعة عشر يومًا ه

ووافق الفراغ من تعليقه في شوال من سنة اثنتين وثمانين وسبعمائة
على يد كاتب الكتاب من أوله إلى آخره بتمامه فقير عفو الله تعالى وكرمه
ابرهيم بن محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن ... الحموي عفا الله تعالى عنهم بمنه وكرمه وفضله
ويرحم الله عبدًا نظر فيه وسأل لكاتبه العفو
والتجاوز ولجميع المسلمين ويرحم الله من قال آمين

والحمد لله رب العالمين حمدًا يوافي نعمه ويكافي مزيده كما يليق بجلاله والصلاة والسلام
على أشرف خلقه سيدنا محمد وصحبه وآله ما رمق طرف بإنسانه وما حن غريب إلى أوطانه

بسم الله الرحمن الرحيم

حسبي الله وحده
من الكتب التي وقفها الفقير
إلى الله ربه ذي المواهب
محمد المدعو بين الصدور بـ...
وكفى عبده